

محمد سلام مدكور

الفقه الإسلامي

(١)

المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود

الطبعة الأولى — ١٩٥٤

الناشر لهذه الطبعة

مكتبة عبد الله وهبه

مطبعة دار الهنا بشارع الصحافة ببولاق بمصر

محمد سلام مدكور

الفقه الإسلامي

(١)

المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود

الطبعة الأولى – ١٩٥٤

الناشر لهذه الطبعة

مكتبة عبد الله وهبه

مطبعة دار الهنا بشارع الصحافة ببولاق مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

رب اشرح لى صدرى ، ويسر لى أمرى ، واحلل عقدة من لسانى يفقهوا قولى . الحمد والشكر لك يا إلهى . يا نعم المولى ويا نعم النصير . وأستعين بك يا ربى حتى يتم ما أبدأ به اليوم من الكتابة فى مدخل للشريعة الأسلامية : يتناول شيئاً عن تاريخ تشريعها ، ومصادرها ، ثم الكتابة عن نظرة رجال الفقه الإسلامى للأموال والحقوق وطرق تملكها والعقود بصفة خاصة طبقاً للاتجاه الجديد فى دراسة الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة .

وإن كان ضيق الوقت فى العام الماضى لم يكن عقبة فى إخراج كتابى « المال والالتزام فى الفقه الإسلامى » لطلبة كلية حقوق الاسكندرية ، فإنى كبير الأمل فى عون الله جل شأنه هذا العام . وإن كان الزمن أقل والعمل أكثر . والله هو الموفق لما فيه الخير ؟

المؤلف

محمد سلام مدكور

١٢ من ربيع الأول سنة ١٣٧٤

الموافق ٨ — ١١ — ١٩٥٤

الكتاب الأول

مدخل للشريعة الاسلامية

القسم الأول

إلمامة بتاريخ الفقه الاسلامى

الفصل الأول

التعريف بالشريعة الاسلامية

ما هو التشريع

— **التشريع** : مأخوذ من الشريعة التى من معانيها عند العرب الطريقة المستقيمة . ومن هذا المعنى قول الله تعالى « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها » . لكن الفقهاء ، يطلقون لفظ شريعة على الأحكام التى سنها الله لعباده ليكونوا مؤمنين عاملين صالحين فى الحياة .

التشريع السماوى — التشريع الوضعى

فالتشريع بناء على هذا هو سَنُّ القوانين سواء أكانت هذه القوانين جاءت عن طريق الأديان . أم كانت من وضع البشر وتفكيرهم . والأول يسمى . التشريع السماوى : وهو مجموعة الأوامر والنواهى والارشادات والقواعد التى يشرعها الله تعالى للأمة على يد رسول منها . والثانى يسمى التشريع الوضعى : وهو مجموعة الأوامر والنواهى والقواعد التى يضعها فرد أوجماعة وتختارها الأمة بواسطة من له السلطان لتحتكم إليها وتسير على ضوئها فى الحياة .

ضرورة التشريع للمجتمع

— **حاجة الناس إلى التشريع** : الناس بطبيعتهم فى حاجة إلى تشريع يحدد لهم علاقاتهم ويبين لهم حقوقهم وواجباتهم . ويحد من أنانيتهم ، وينظم صلاتهم والتزاماتهم ، وإلا لكان الأمر فوضى بين الناس يأخذ القوى كل ما يريد بقوته ، ويفقد الضعيف كل ما يحتاج إليه بضعفه . وخصوصاً أن

النفوس قد جبلت على الأثرة وحب الذات ، واندفعت تحت تأثير ميول غرائزها المختلفة .

أضف إلى هذا أن الحياة الإنسانية حياة جماعية يسد كل فرد منها ثغرة فى بناء المجتمع الإنسانى، فالفطرة قضت بأن الفرد لا يستطيع أن ينهض بشأن نفسه مستقلا . بل هو فى حاجة إلى معونة بنى جنسه . فكان لا بد مع هذا من تشريع ينظم هذا التعاون ويحدده .

حاجة الناس للتشريع السماوى ومميزاته

٣ — **مميزات التشريع السماوى ومقدار الحاجة إليه** : لا شك فى أن الناس فى أشد الحاجة إلى هذا التشريع لأنه من عند الله علام الغيوب الذى يعلم ما توسوس به النفس ، ويعلم ما فى الأرحام . عالم الغيب والشهادة . فهو الذى لا تخفى عليه خافية . يعلم خائنة الأعين وما تخفى الصدور وهو المنزَّه عن الخطأ . الحكيم الخبير «لا يَضِل ربى ولا ينسى» .

والإنسان مهما بلغت قوته وإدراكه ، ومهما قوى سلطانه وجاهه لا يستطيع أن يحيط بكل شىء ، ولا يعلم شيئاً عن سوءة أخيه وجريمته إلا إذا كانت ظاهرة بينة أو قام عليها الدليل . كما أن الإنسان قاصر فى تفكيره محدود فى إدراكه مهما قوى عقله . وذلك بحكم بشريته وطاقته .

وفوق هذا وذاك ، فكل من يؤمن بالأديان السماوية يؤمن بالبعث والحساب الأخروى ، فالإنسان مع هذا إن استطاع أن يتنكر لجريمته ويتنصل من عقاب الدنيا فإنه لا محالة ملاق حسابه فى الآخرة يوم أن يقال للإنسان كفى بنفسك اليوم عليك حسيباً . وبهذا تكون أحكام التشريع السماوى رادعة قوية يخشاها الإنسان فى السر والعلانية لا يستطيع أن يتهرب منها أو يحتال عليها ، ولا مفر للمؤمن بالله من طاعتها ، ومن يطيعها يثاب على ذلك . ولذا كان التشريع السماوى ضرورياً لحفظ كيان المجتمع «لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل وكان الله عزيزاً حكيما» .

التشريع الإسلامى

٤ — **التشريع الاسلامى** : هو خاتم الشرائع السماوية وأعمها ، وقد جاء بما شرع الله لعباده من الإرشادات والقواعد والأحكام على لسان

رسوله محمد صلى الله عليه وسلم منذ أربعة عشر قرناً تقريباً بالجزيرة العربية وكان أول ما بدأ فى مكة ثم انتهى بالمدينة ، وهو فوق كونه ديناً يتعبد به فهو قد جاء وافياً بحاجة الناس أفراد وجماعات ، عادلا سهلا من غير إفراط ولا تفريط ، أبدياً صالحاً لكل زمان ومكان .

وإن كان التشريع الإسلامى أتى بما لم تجىء به الشرائع السابقة — لعدم حاجة الناس إليه وقتئذ — إلا أنه قد احتوى على خير ما جاءت به تلك الشرائع من أمور الدين متحاشياً منها ما لم يبق ملائماً لتطور الحياة ، ولا منسجماً مع سماحة الإسلام .

وفى الواقع أن التشريع الإسلامى وإن امتاز بعمومه وبقائه فهو لا يختلف عن باقى الشرائع السماوية فى مصدرها ، وفى الأصل العام الدينى الذى تدعو إليه « شرع لكم من الدين ما وصَّى به نوحاً والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه » ، « وما أرسلنا قبلك من رسول إلا نوحى إليه أنه لا إله إلا أنا فاعبدون » .

التشريع الإسلامى كلى وجزئى

١ — التشريع الإسلامى جاء بالقواعد الكلية(١) : لم يأت التشريع الإسلامى فى الغالب بأحكام الفروع والجزئيات ، وإنما دل على الأحكام بوجه كلى عام . وقد تكون هذه الدلالة قطعية إن كان النص لا يحتمل إلا تفسيراً واحدا وقد تكون دلالة ظنية إن احتمل أكثر من تفسير .

ومن أمثلة التشريع الكلى قوله تعالى : « قل أحل لكم الطيِّبات » فإنها قاعدة كلية يندرج تحتها كل طيب من مطعم ومشرب وملبس . وقوله تعالى : « قل إنما حرم ربى الفواحش ما ظهر منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق » فإن هذه الآية تضع قاعدة كلية تشتمل على تحريم كل فاحشة ظاهرة أو

---

(١) نريد بالكلية هنا القواعد والضوابط التى تندرج تحتها جزئيات كثيرة ويكون الكلى هنا بمنزلة العام والجزئى بمثابة أفراده . والجزئية هى الأحكام الموزعة على حوادثها وتدخل كلها تحت ضابط رئيسى أو قاعدة كلية

باطنة وتشتمل على تحريم كل ظلم وطغيان وعدوان على النفس أو العرض أو المال.

ومن أمثلة التشريع الجزئى: حكمه عليه السلام بتحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها. وقد علل ذلك بقوله: «إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم» ومثل حكمه عليه السلام «بطهارة سؤر الهرة لأنها من الطوافين عليكم والطوافات».

صلاحية هذا التشريع لكل مكان وزمان

لهذا كان التشريع الإسلامى تشريعا عاما يتسع لكل ما يعرض للناس من حوادث وأقضية، تتغير بتغير الزمان والمكان، وتوجد وليدة الحاجة وتتجدد مع استمرار عجلة الزمن فى الحركة. ويمكن معرفة حكم كل جزئية بالرجوع إلى تلك الكليات بالاستنباط، وقياس ما لم ينص على حكمه على ما ورد فيه النص لوجود وجه الشبه بينهما. وقد كان الإسلام كذلك لأنه خاتم الشرائع السماوية.

جاء الإسلام بخيرما فى الأديان السابقة

٦ — **التشريع الاسلامى والتشاريع السابقة**: جاء الإسلام بخير ما جاءت به الأديان السابقة من الأحكام الدينية التى تساير الزمن ولا تتأثر باختلاف المكان فأقرها وأبقى حكمها، وأضاف إلى هذا من القواعد والأصول العامة الدينية والدنيوية ما جعله مسايرا لتطور البشر وتدرجه متمشياً مع نضجهم وما يجد لهم من حضارات.

الاسلام والحضارات القديمة

٧ — **التشريع الاسلامى والحضارات السابقة**: لقد جاء الإسلام ببعض ما عرفه العرب وعملوا به بحكم بيئتهم وعاداتهم إذ كان للعرب عادات وتقاليد استفادوها من البلاد التى تجاورهم أثناء رحلاتهم التجارية فى بلاد الشام والعراق، وقد كان هؤلاء على ثقافة عالية فى الفلسفة والعلوم القانونية إذ كانت بلاد الشام تطبق القانون الرومانى. والعراق تطبق القانون الفارسى

ولا شك أنه حدث تلقيح فكرى بينهم، وتأثر كل منهم بالآخر شأن الجيران والخلطاء. ولا شك أيضاً أن العرب كان لهم فى جاهليتهم نظم يتبعونها رغم أنها أمة أمية لا تعنى إلا بالشعر والأدب والتاريخ واللغة.

فقد كانوا يعرفون البيوع ومنها السلم(١) ، وكانوا يرهنون ويرتهنون ، وكان للزواج عندهم خطبة وصداق ، كما عرفوا الطلاق إلى غير ذلك .

جاء الإسلام فأقر الصالح مما كانوا عليه ، وناقضهم فى كثير من الأمور وأبطل ماهم عليه مراعياً مصلحة الناس ، ولذا كان تشريعاً سهلا مقبولا تنجذب إليـــه النفوس . لأنه حينما خالف نظمهم خالفها فى رفق وتدرُّج « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما » ، « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون » ، « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » .

اتجاه التشريع نحو العقيدة

X — ماتناوله التشريع الاسلامى : إتجه الإسلام أول ما اتجه إلى تكوين العقيدة فبين للانسان حقيقة الكون ، وحقيقة نفسه ، خاطب العقل وحرره من الأوهام ، واتجه به نحو السماوات وما فيها والأرض وما بها ليتأمل خلق الله . « ما ترى فى خلق الرحمن من تفاوت فارجع البصر هلْ ترى من فطور ثم ارجع البصر كرتين ينقلب إليك البصر خاسئا وهو حسير » (وسخر لكم الشمس والقمر دائبين وسخر لكم الليل والنهار) ، (لا الشمس ينبغى لها أن تدرك القمر ولا الليل سابق النهار وكل فى فلك يسبحون) ، (وأنزلنا من المعصرات ماء ثجَّاجا لنخرج به حبا ونباتاً . .)

ثم يبين للناس ـ بعد أن طهر عقولهم وحررها ـ أن الله حق وأن ماهم عليه من عبادة الأوثان إثم وضلال مبين . (قل إنى نهيت أن أعبد الذين تدعون من دون الله) ويبين للإنسان مقدار ضعفه (وما تدرى نفس ماذا تكسب غدا وما تدرى نفس بأى أرض تموت) ثم تناول العقائد الأساسية

---

(١) السلم هو بيع أجل بعاجل . العاجل هو الثمن والأجل هو المبيع ـ كالتاجر يشترى القطن من المزارع قبل تمام نضجه ويدفع له الثمن فوراً وقد شرحت ذلك مفصلا فى كتاب « المال والالتزام فى الفقه الأسلامى » .

للاسلام كالأحكام المتعلقة بذات الله وصفاته ؛ وبرسله ، والبعث والثواب والعقاب وكلفهم الإيمان بكل ذلك .

اتجاهه نحو تقويم الخلق

ثم انتحى الناحية الخلقية ، فحارب الفوارق بين الناس إلا فى طاعة الله وحسن الخلق « لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى » ، وروّض النفوس على حب الخير ، وحارب الكذب والنفاق والغضب والخيانة ، وحث على الصدق والأمانة والحلم، حارب الرق والاستعباد ، ودعى إلى العمل والكفاح فى سبيل الحياة « فامشوا فى منا كبها وكلوا من رزقه وإليه النشور » وهذا محمد رسول الله يقول : « اعمل لدنياك كأنك تعيش أبدا واعمل لآخرتك كأنك تموت غدا » . وهكذا تناول كل ما يدعو إلى الخلق القويم والعمل المجدى .

محمد أول من تأدب بأدب القرآن

وقد كان حامل الرسالة الإسلامية أول تلميذ تخلق بأخلاقها . فلقد هذب الله رسوله محمداً وقوم خلقه : « عبس وتولى أن جاءه الأعمى ، وما يدريك لعله يزكى أو يذكر فتنفعه الذكرى أما من استغنى فأنت له تصدى » ، ويقول له فى آية أخرى : « وتخفى فى نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تخشاه » . إلى غير ذلك من آيات التوجيه والإرشاد والتأديب ثم يقول له : « وإنك لعلى خلق عظيم » ويقول محمد « أدبنى ربى فأحسن تأديبى » . ويقول : إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق .

اتجاه التشريع نحو الفقه

اتجاه التشريع إلى الناحية الفقهية : بعد أن أعد الإسلام الناس هذا الإعداد . فهداهم إلى خالقهم وهذب من أخلاقهم اتجه بهم إلى الناحية الفقهية .

الفقه الإسلامى

٩ — **الفقه الإسلامى ومشتملاته** : الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية . أو هو كما يقول ابن خلدون فى مقدمته : « هو معرفة أحكام الله فى أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة ، وهى متلقاة من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة . فإذا استخرجت الأحكام من تلك الأدلة قيل لها الفقه » .

مشتملاته

تناول الفقه المسائل التي يتقرب بها العبد إلى ربه وهي قسم العبادات . فشرع لهم الصلاة والصوم وهما من العبادات البدنية المحضة ، كما شرع لهم الزكاة وهي عبادة مالية محضة ، وشرع لهم الحج وهو من العبادات البدنية والمالية معاً ، وفي كل هذه العبادات الشيء الكثير من مقومات الخلق وترويض النفس على الطاعة وحب الخير للناس والإحساس بشعورهم .

كما تناول معاملات الناس وصلاتهم بعضهم ببعض فأبان الحقوق والأموال وطرق تملكها وما يتعلق بها من التزامات ، وتناول الشخص من ناحية أهليته وولايته وما يعرض لهذه الأهلية والولاية . تناوله من ناحية أحواله الشخصية أي من ناحية ما يتصل بالأسرة وتكوينها ونظمها فأبان الزواج والطلاق والنسب وما يتبع ذلك من وقف ووصية وإرث . وهذا القدر هو موضع دراسة الشريعة الإسلامية في كليات الحقوق بالجامعات المصرية .

كما تناول الفقه الإسلامي غير ذلك . من الحدود والجنايات والديات والشهادات والقضاء والحرب والسلم والغنائم وعلاقة الأمة الإسلامية بغيرها من الأمم والمعاهدات التي تتم بينهما .

وعلى كل فالفقه الإسلامي قد تناول كل شيء في حياة البشر . فهو دين يتعبد به ، وهو منظم لأحكام الدنيا تناول كل ما يكون بين المرء وربه وبينه وبين نفسه ، وبينه وبين الآخرين . ما له وما عليه . تناول الفرد والأسرة والجماعة والدولة ، ونظم ما بين كل هؤلاء من علاقات . دخل مع الفرد في صميم نفسه وتفكيره . بين حدود الحاكم والمحكوم . تناول الحرب والسلم ووضع لكل شيء من ذلك أصلا يتبع وقاعدة يقاس عليها لذا ساير الأزمان وصلح لكل مكان وبذا يكون القرآن كتاب عقيدة وشريعة معاً ، وهذه ميزته على الكتب السماوية السابقة أو كما يقول الفيلسوف ابن رشد هي معجزة القرآن الكبرى .

الفصل الثانى

الأدوار التى مر بها الفقه الاسلامى

الفقه الاسلامى من نشأته إلى الآن

١٠ — إجمال ما طرأ على الفقه الاسلامى : لقد مر الفقه الإسلامى فى تكوينه بأدوار مختلفة قوة وضعفا متأثراً فى ذلك بعدة عوامل . فبدأ فى عهد الرسول لايحتاج إلى جدل أو نقاش لأنه عهد الإنشاء والتكوين . يأتى الوحى بالحكم فى المسألة ويبلغها الرسول للناس فيهتدون ويسترشدون .

ومن بعده جاء عهد الخلفاء والصحابة الذين خالطوا الرسول وعاصروه وتعلموا منه وكان عهدهم عهد تفسير وتكميل ثم جاء عهد التدوين والاجتهاد وهو العهد الذى ظهر فيه الأئمة المجتهدون وظهرت فيه المذاهب الفقهية نتيجة لإتساع رقعة الأسلام ووجود الفقهاء أمام عادات جديدة وحوادث ومسائل لم يسبق لها مثيل ويطلب فيها حكم الفقة الإسلامى . وفى هذا العهد كثر التدوين والتصنيف وقُعِّدت القواعد وردت الجزئيات إلى كلياتها .

ثم جاء من بعد ذلك عهد الركود والجمود عهد التقليد والارتكان على الثروة الفقهية التى تركها العصر السابق . ثم فى عصرنا الحاضر بدأ الفقهاء يتنبهون إلى ماجد من مسائل وحوادث تحتاج إلى معرفة حكم الله . فأخذوا يعملون ليطبقوا حكم الفقه الإسلامى فيها. هذا إجمال الأدوار التى مر بها الفقه الإسلامى وإليك التفصيل .

عصر الرسول

حالة العرب قبل الاسلام

١١ — كان للعرب قبل الإسلام عاداتهم وعرفهم ، ولهم بعض القواعد والنظم التى ورثوها عن أسلافهم أو انتقلت إليهم من إختلاطهم بجيرانهم

الرومان والفرس . فقد عرفوا نظام القسامة[١] . وقالوا القتل أنفى للقتل ، وكانوا فى زواجهم يخطبون المرأة من وليها ، ويصدقها الخاطب ثم تزف إليه وعرفوا الطلاق والسلم والرهن ، وقد جاء الإسلام مقرا لها فى كلياتها .

وكان العرب رغم هذا أمة فوضى من الناحية الاجتماعيـة ، وكانوا من الناحية الدينية يعبدون الأصـنام التى يصنعونها بأيديهم ، وكانوا قبائل مختلفـة النزعات مستقلة عن غيرها فى كل شىء لا رابط يربطهم ولا راية تجمعهم . انغمسوا فى شهواتهم ، تحر كل قبيلة فى قتـال أختها وسفك دماء أبطالها وسبى نسائها ، وسلب أموالها وكان من عاداتهم الذميمة وأد البنات تخلصا من عار حياتهن أو تنصلا من نفقات معيشتهن ، تعاملوا بالربا الفاحش غير أنهم مع هذا امتازوا باستقلال الفكرة وقوة الإرادة والشجاعة والنجدة والجود . فكان من رحمة الله تعالى بأولئك الأقوام أن يرسل للناس رسالة

بدء رسالة الاسلام

الإسلام يحملها إليهم واحـد منهم هو محمد بن عبد الله الذى ولد يتيما[٢] وعاش فقيراً ، وهو وإن كان أرفعهم نسبا وحسباً وأجسنهم محتـداً إلا أنه لم يكن لأحد آبائه ملك أو سلطان لجـاء يطلبه ، ولم يكن صاحب مال وجاه فأراد أن يحافظ عليه ، ولـكنه اشتغل فى حياته برعى الغنم ، فرعاها وعدل بينها والله أعلم حيث يجعل رسالتـه . يقول الله « ولسوف يعطيك ربك فترضى ألم يجدك يتيما فآوى ، ووجدك ضالا فهدى ، ووجدك عائلا فأغنى ، فأما اليتيم فلا تقهر ، وأما السائل فـلا تنهر » ومع هذا فقد حارب الجهل وهو الأمى ، ودعى الـكاتبين إلى فهم ما يكتبون وما يقرأون . فقير يتيم لاحول له ولا طول . نشأ فى أقرب الشعوب إلى سذاجة الطبيعة ، وأبعدها عن فهم نظام الخليقة ومع هذا فقد بهر العالم أجمع بما قرره لهم من أصول الشريعة . أليس هو برسالته . الذى خط للسعادة طريقا لن يهلك سالـكها ، وما محمد إلا رسول ، وما

---

(١) القسامة هى أن يحلف خمسون من أهل الجهة التى وجد بها قتيل لم يعرف قاتله . يتخيرهم ولى الدم . أن يحلفوا بأنهم ما قتلوه ولا عرفوا له قاتلا ، ثم يقضى بالدية على أهل الجهة جميعاً

(٢) ولد عليه السلام ليلة ١٢ ربيع الأول عام الفيل الموافق ٢٠ / ٤ / ٥٧١ م

هو بالملاك إن هو إلا بشر مثلكم يوحى إليه ، وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى .

تميز التشريع بمكة عنه بالمدينة

١٢ — التشريع بين مكة والمدينة وما يمتاز به كل منهما: كان التشريع الإسلامى فى عهده الأول يتميز بين فترتين فبينما بدأ بمكة يوجه الناس إلى عقيدة التوحيد ، ويوجه أبصارهم نحو الكون والطبيعة ليحكموا بعقولهم على قوة الله وقدرة الخالق « قل هو الله أحد الله الصمد لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفواً أحد » ثم ينبههم إلى حقيقة أمرهم كيف كانوا « والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئاً وجعل لكم السمع والأبصار والأفئدة لعلكم تشكرون » ثم يتجه نحو توجيههم إلى الخلق الكريم ، ويبغضهم فى عاداتهم الذميمة واستمر التشريع على هذا نحو ثلاث عشرة سنة كان جلها فى هذه النواحى ولم يشرع فيها من الأحكام إلا القليل .

آيات الأحكام وطريق نزولها

وبعد ذلك أذن الله لرسوله والمؤمنين معه بالهجرة من مكة إلى المدينة الوطن الثانى للدعوة الإسلامية ، وفيها اتجه التشريع إلى الناحية الفقهية وأخذت آيات الأحكام تنزل على الرسول الواحدة تلو الأخرى إما اجابة عن سؤال يسئلونك عن الخمر والميسر قل فيهما أثم كبير . . » ، « يسئلونك عن الأهلة . قل هى مواقيت للناس » ، « يسئلونك عن الأنفال . قل الأنفال لله والرسول » «يسئلونك عن الساعة..» «يسئلونك ماذا ينفقون..» ، « يسئلونك عن الشهر الحرام قتال فيه . . » وإما بياناً لاستفتاء « يستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فيهن ...» ؟ ، « يستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد »

وقد تنزل آيات الأحكام من غير سؤال أو استفتاء وإنما لبيان الحاجة أو لإظهار حكم « حرمت عليكم الميتة والدم . . الآية » ، « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، « يوصيكم الله فى أولادكم » وهكذا استمر التشريع حتى اكتمل فنزل قول الله « اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم

الإسلام دينا ، وقد كانت هذه الفترة هى فترة التقنين الفقهى ومدتها كانت عشر سنوات .

مصدر التشريع فى عهد الرسول

١٣ — **مصدر التشريع فى هذا العهد**: التشريع فى هذا العهد كله من عند الله عن طريق الوحى إما بلفظه ومعناه وهو القرآن يبلغه الرسول كما أنزل إليه، وإما بالمعنى فقط وهذه هى السنة وكلاهما من عند الله « وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نُزِّل إليهم » ، « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته » فكان التشريع فى عهد الرسول مصدره الوحى.

اجتهاد الرسول وأصحابه فى عهده

١٤ — **شخصية الرسول وأصحابه فى التشريع فى هذا العهد** : قلنا إن الرسول كان يبلغ ما يوحى إليه للناس، وليس له فى هذا سلطان من التشريع «وما على الرسول إلا البلاغ» فهل معنى هذا أن الرسول ما كان له أن يجتهد ويعمل على استنتاج الحكم فيما لم ينزل فيه الوحى ، وبالتالى هل لأصحابه هذا فى عهده؟

لقد كثر كلام الفقهاء فى هذا البحث (١) وليست دراستنا هذه تتسع لمثله. ولكن بالاستقراء يمكننا القول بأن الرسول قد اجتهد وأفتى برأيه الشخصى لأنه بشر له عقل ناضج وفكر سليم . فإذا لم يوفق إلى الصواب نزل عليه الوحى بالرأى الصحيح ، وإلا فيكون إقراراً من الشارع له .

أمثلة لما اجتهد فيه الرسول ولم يقر عليه

فهذه غزوة بدر ، وقد وقع فى أيدى المسلمين بعض الأسرى ، ولم يكن قد جاء وحى فى حكمهم ، فسأل الرسول أصحابه الرأى فيهم فقال أبو بكر «قومك وأهلك استبقهم لعل الله يتوب عليهم وخذ منهم فدية تقوى بها أصحابك » ، وقال عمر « كذبوك وأخرجوك من بلدك فقومهم واضرب أعناقهم. هؤلاء أئمة الكفر والله أغناك عن الفداء » فأخذ الرسول برأى أبى بكر . فنزل الوحى يبين له الصواب « ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم . لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم » :

(١) راجع فى هذا كتب أصول الفقه، وانظر الجزء الثالث من كتاب الروض النضير ص١٨٦

وهذه غزوة تبوك ، وقد أراد بعض المنافقين التخلف عن صفوف القتال وتعللوا بأعذار دون أن يتبين صدقهم فأذن لهم الرسول فجاء الوحي «عفا الله عنك لم أذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين .. الآيات» .

إذنه لأصحابه بالاجتهاد فى عهده

وقد صرح الرسول نفسه بأنه يجتهد هو وأصحابه فيما لم ينزل فيه الوحي وقد يعلو رأي غيره رأيه . وهذه غزوة بدر حينما نزل الرسول بأصحابه المحاربين منزلا اختاره من بدر استعداداً للقتال . فقال له الحباب بن المنذر : أهذا منزل أنزلكه الله فلا نعدل عنه أم هو الرأى والحرب والمكيدة ؟ فقال الرسول . بل هو الرأى والحرب والمكيدة . فأشار الحباب إلى منزل آخر ، ووافقه الرسول عليه ، وكان سبباً فى النصر .

وهذا معاذ بن جبل بعثه الرسول إلى اليمن ليعلم أهلها ويقوم ببعض الأمر فيهم . وقال له : كيف تصنع إن عرض لك قضاء . قال : أقضى بما فى فى كتاب الله . قال فإن لم يكن فى كتاب الله ؟ قال فبسنة رسوله . قال فإن لم يكن فى سنة رسوله ؟ قال أجتهد رأيى لا آلوا . فسر الرسول من ذلك وقال : (الحمد لله الذى وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضى رسول الله).

والراجح أنه يجتهد فيما لم يرد فيه وحى فى الحروب ، وفى الأحكام الشرعية . فقد ورد عن أم سلمة قالت : (جاء رجلان من الأنصار إلى النبى صلى الله عليه وسلم فى مواريث بينهما قد درست فقال النبى إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلى وإنما أقضى برأيى فيما لم ينزل على فيه . فمن قضيت له بشىء من حق أخيه فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار يأتى بها يوم القيامة على عنقه) . (١)

أثر هذا الاجتهاد فى التشريع

١٥ — أثر اجتهاد الرسول وأصحابه فى التشريع : لم يكن الاجتهاد مصدراً من مصادر التشريع فى هذا العهد لأنه عهد الرسالة فقد كان الوحي ينزل على الرسول بكل ما يحتاجون إليه ، وما كان اجتهادهم إلا فيما لم ينزل

(١) راجع كتاب أصول الفقه للمرحوم الشيخ الخضرى ص ٥٤٤ وما بعدها .

به الوحى بعد . فإن كان الحكم الذى وصلوا إليه يجافى الصواب نقضه الوحى وإلا فهو إقرار من الشارع له . وبهذا يكون التشريع كله من عند الله فى عهد الرسول ومصدره الوحى رغم القول باجتهاد الرسول ووقوعه

ومع هذا ففى اجتهاده عليه السلام بيان لأصحابه والفقهاء من بعدهم إلى طريق استنباط الأحكام وإرجاع الجزئيات إلى قواعدها الكلية لوجود العلة فيها ويقول عليه السلام لأصحابه فى آخر أيامه فى الدنيا (تركت فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما . كتاب الله وسنة نبيه) .

عصر الصحابة والخلفاء

وجود مسائل لم توجد فى عهد الرسول

١٦ — **الفتوحات والفقه فى عهد الصحابة** : فى هذا العهد أخذت الفتوح الإسلامية تتزايد . كما أخذ المسلمون يتزايدون تبعا لذلك . فاتسعت رقعة البلاد الإسلامية بعض الشيء وشملت أقطارا تختلف فى عاداتها ومشاربها وتختلف شدة حاجتها للأحكام تبعا لاختلاف البيئة والمعيشة . فهذه مصر وتلك العراق واليمن وفى الناحية الأخرى بلاد الشام كلها بلاد إسلامية دخلها الإسلام بنوره قبل أن يدخلها المسلمون بسيوفهم وفى كل بلد منها من الحوادث والأمور ما يحتاج إلى معرفة حكم الفقه الإسلامى ، ولم يكن لهذه الحوادث والأمور مثيل من قبل .

اشتغال الصحابة بالحكم والفتوى

كان صحابة الرسول الذين عاشروه وخالطوه وتعلموا عليه ومرنوا أيامه على الاجتهاد فكان لزاما أن تؤخذ منهم الفتوى وأن يتصدوا لها . وكانوا هم أنفسهم أصحاب السلطان ففيهم الخلافة والحكم ولديهم من شئون الدولة وأمور السياسة العامة ما يحد من وقتهم وفوق ذلك فيحدثنا إبن خلدون بأن الصحابة جميعهم لم يكونوا أهل فتيا ولا كان الدين يؤخذ

من جميعهم ، وإنما كان ذلك مختصاً بالحاملين للقرآن العارفين به وسموا لذلك بالقراء . وقد كان عهد الوحى قد انقطع بعد أن اكتملت الرسالة ووضعت القواعد العلمية جميعها . فكان لزاماعليهم وقد مضى عهد الوحى أن يجتهدوا فى تطبيق كل ما يعرض من أقضية ، وكل مايجد من أمر على تلك القواعد التى فى كتاب الله وسنة رسوله . كان من اللازم أيضاً أن يتصدوا للقضاء والفتوى فوق ما تصدوا له من شئون الدولة وسياستها العامة ، وكانوا على جانب كبير من الورع والصلاح يخشون الله ويخافون حسابه فخافوا الزلل والخطأ وكثيراً ما أحال بعضهم الفتوى على غيره مهابة وورعاً . كانت هذه العوامل سبباً لقصرهم الفتوى على المسائل الواقعة فعلا ولا يجيبون على الأسئلة الافتراضية. وقد روى عن زيد بن ثابت أنه كان إذا استُفتى فى مسألة . سأل عنها . فإن كان الموضوع الذى تطلب فيه الفتوى قد حدث ووقع أفتى وإلا قال : دعوها حتى تكون .

قصرهم الفتوى على الحوادث الواقعة

إحتياط الخلفاء الأولين فى الأخذ بالسنة

١٧ — احتياط أبو بكر وعمر فى الأخذ بالسنة : احتاط الخلفاء الراشدون الأولون فى الأخذ بالسنة عند استنباط الأحكام فلا يستدلون بها إلا بعد أن يستوثقوا من صحة الحديث وصدوره عن الرسول مخافة الكذب عليه . خصوصاً أن السنة لم تكن قد دونت بعد، وأيضاً لتوجيه الناس إلى كتاب الله باعتباره الأصل الأول للتشريع مخافة انصرافهم عنه فى استنباط الأحكام .

وروى أن أبا بكر رضى الله عنه جمع الناس بعد وفاة الرسول وقال إنكم تحدثون عن رسول الله أحاديث تختلفون فيها ، والناس بعدكم أشد اختلافاً فلا تحدثوا عن رسول الله شيئاً . فمن سألكم . فقولوا : بيننا وبينكم كتاب الله . فاستحلوا حلاله ، وحرموا حرامه ،

كما روى أن عمر بن الخطاب سمع صحابياً يروى حديثاً عن رسول الله

فقال لتأتى على ماتقول ببينة . فخرج.فإذاأناس من الأنصار . فذكرلهم ماكان بينه وبين عمر . فقالوا قد سمعنا هذا من رسول الله . فقال عمر أما أنى لم أتَّهمك. ولكنى أحببت أن أتثبت .

لم يكن هذا منهما إشارة لعدم اعتبار السنة المصدر الثانى للتشريع ، وإنما كان للتشدد من صحة الحديث مخافة أن يدس أحد على رسول الله حديثاً أو يحرف فيه . ولقد حكما هما شخصياً فى كثير مما عرض عليهما من الحوادث مستدلين بالكتاب والسنة .

أثر هذا فى الفقه

وكان من أثر هذا أن الخلاف فى الأحكام طوال هذه الحقبة من الزمن كان ضيقاً جداً ولعل هذا أيضاً كان دافعاً قوياً لإعمال الرأى والاجتهاد لاستنباط الأحكام من كتاب الله والثابت من سنة الرسول .

مصادر التشريع

١٨ – مصادر التشريع فى هذا العصر : كيف كان الخلفاء وباقى الصحابة يستنبطون الأحكام فى هذا العهد وخصوصاً بعد أن جد من الحوادث والمسائل ما لم يسبق له مثيل فى العهد الأول :

يروى أن أبا بكر خليفة رسول الله كان إذا جاءته مسألة يحتكم إليه أصحابها فيها ، نظر فى كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضى بينهم قضى به ، وإن لم يكن فى الكتاب . وعلم عن رسول الله فى ذلك سنة قضى بها . فإن أعياه أن يجد فيه سنة عن رسول الله . جمع رءوس الناس وخيارهم . فاستشارهم فان أجمع رأيهم على شىء قضى به . . . وهكذا كان الأمر فى عهد عمر إذا لم يجد فى كتاب الله ولا فى سنة رسول الله ولا فى عمل سلفه . جمع رءوس الناس وخيارهم واستشارهم وقضى بما يجمعوا عليه .

اجماع الصحابة على حكم لم يرد فيه نص

فالتشريع إذن فى هذا العهد طريقه الكتاب والسنة يجتهد الصحابة لاستنباط الأحكام منهما فإن اتفقوا على رأى فى مسألة لم يجدوا لها حكما كان ذلك إجماعاً ، وكان حجة يجب اتباعه لأنه أصبح مصدراً للتشريع ، ولذا حرص عمر على بقاء كبار الصحابة فى المدينة ليسهل جمعهم ومعرفة رأيهم فى الأحكام

التى تحتاج إلى إعمال الرأى حتى أنه حرم عليهم مبارحة المدينة إلا للضرورة

اجتهاد الصحابى وحكمه

١٩ — اجتهاد الصحابى وأثره: لكن إذا لم يكن الحكم وليد إجماع وإنما كان نتيجة اجتهاد فردى . فإنه يكون غير ملزم ولا يعتبر مخالفه والآخذ باجتهاد آخر آثما . يقول أبو بكر إذا اجتهد فى أمر : «هذا رأيى فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأ فمنى واستغفر الله» . وهذا عمر يقول بالنسبة لاجتهاده «إن يكن صواباً فمن الله ، وإن يكن خطأ فمن عمر. لاتجعلوا خطأ الرأى سنة للأمة» ، وهذا كتاب عمر إلى شريح القاضى : «إذا أتاك أمر فاقض فيه بما فى كتاب الله فإن أتاك ماليس فى كتاب الله ، ولم يسن فيه رسول الله سنة فاقض بما أجمع عليه الناس . فإن أتاك ماليس فى كتاب الله ولم يسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يتكلم فيه أحد فإن شئت أن تجتهد رأيك فتقدم وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، وما أرى التأخر إلا خيراً لك .

من هذا نعرف مصادر الفقة فى هذا العهد ونعرف أن الإجماع وجد فى عهدهم وأنه كان ملزما وأنهم كما يقول ابن القيم(١)، «كان أصحاب رسول الله يجتهدون فى النوازل ويقيسون بعض الأحكام على بعض» .

أثر تفرق الصحابة على السنة

٢٠ — تفرق الصحابة فى المدن وأثره: كثرت الفتوحات واحتاج الناس إلى من يرشدهم ويقضى بينهم بحكم الله . فكان لزاماً أن يتفرق الصحابة على المدن وفيهم الحكم والقضاء فبقى عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعائشة زوجة الرسول مع من بقى من الصحابة بالمدينة ، وذهب على بن أبى طالب وعبد الله بن مسعود إلى الكوفة ، وأبو موسى الأشعرى وأنس بن مالك إلى البصرة ، وعبد الله بن عباس إلى مكة ، ومعاذ بن جبل وعبادة بن الصامت إلى الشام ، وعبد الله بن عمرو بن العاص إلى مصر ، وكان من آثار هذا انتشار رواية الحديث ، كما كان هذا سبباً فى اختلاف الرواية وتحريفها .

---

(١) راجع أعلام الموقعين الجزء الأول ص ١٧٦ وما بعدها فله فى ذلك كلام قيم .

التنازع على الحكم وأثره فى الفقه

٢١ — **التنازع على الحكم وأثره فى الفقه:** بعد أن قتل عمر بن الخطاب بيد آثمة فى المسجد وتولى عثمان الخلافة — وكان أحد الستة الذين أشار بهم عمر ليتم اختيار الخليفة من بينهم — فقامت فتنة بسبب ذلك إذ تشيَّع بعض الناس لعلى بن أبى طالب ورأوا أنه أحق بالخلافة لأنه من قرابة الرسول ورأى أخرون أن عثمان أحق بها، ثم قتل عثمان وتمت البيعة لعلى ثم قتل على وهكذا حتى اجتمع الناس على خلافة معاوية بن أبى سفيان الأموى بعد أن تنازل الحسن بن على له عن الخلافة حقناً للدماء وحفظاً على وحدة المسلمين وجمع كلمتهم .

ومع هذا تركت هذه الحوادث المتتالية وراءها أحزاباً . فهؤلاء الشيعة الذين تشيعوا لعلى وآل بيته ، وهؤلاء الخوارج الذى كانوا فى ركب على وفى صفوف جيشه وقد خرجوا عليه لما قبل التحكيم بينه وبين معاوية

وكان من أثر هذا أن تفرق المسلمون وتباعدوا وكل فريق يعتقد أنه على حق وأصبح كل فريق من هؤلاء فى إقليم وجهة وهم متفاوتون فى فهم الكتاب واستيعاب السنة ، بل هذا التحزب جعل كل فريق لا يثق فيما انفرد به الفريق الآخر من الأحاديث وخصوصاً إذا كانت تتعلق بنظام الحكم والقضاء . كل هذا جعل مهمة الفقهاء شاقة ، ولم تعد الأحكام الفقهية سهلة المنال ، وأكثر من هذا أن تمكن الدساسون من وضع الأحاديث المكذوبة ولعل كل هذه الأمور كانت سبباً فى وجود نزعتان فى الفقه الاسلامى نزعة تنتحي ناحية الرأى والاجتهاد وأخرى تقف عند الحديث ، كما كان هذا أيضاً منبها ودافعاً لتدوين السنة والفتاوى .

عصر التدوين وأئمة المذاهب

أو عصر ازدهار الفقه الإسلامى ونموه

كثرة الجدل الفقهى

٢٢ — **الجدل الفقهى وأثره :** تفرق الفقهاء فى الأمصار كما تفرقوا فى الفكرة لسبب الإمامة والسياسة وبسبب تفاوت الفقهاء فى القدرة على

استنباط الأحكام تبعاً لتفاوتهم فى فهم معانى القرآن وحفظ السنة . فضلا عن اختلاف البيئة والعرف فى البلدان ، وتأثر الفقهاء بذلك . كل هذا كان سبباً فى كثرة الجدل الفقهى الذى كان بدوره سبباً فى النهوض بالفقه الإسلامى والتخصص فيه ، وعناية الحكام به لتتبين الأحكام بين الرعية . فوضعت القواعد مستنبطة من المصادر الأصلية ، وبينت أحكام جزئيات كثيرة مستندة إلى أسبابها وعللها ، وقيست الأمور على نظائرها التى تشترك معها فى العلة . وتبع كل هذا كثرة الاستفتاء وكثرة الفتاوى .

المدن التى احتضنت فقهاء هذا العصر

٢٣ — **المدن التى انبعث منها الفقه فى هذا العصر** : وأهم المدن التى هبط فيها الفقهاء واستوطنوها فى الأقطار الإسلامية ، وكانت مناراً ينبثق منها نور العلم والعرفان ، ويخرج منها هذا التراث الفقهى العظيم الذى أصبحت به الأمة الإسلامية تباهى جميع الأمم التى لها حضارة قانونية ، المدن التى عاش على ضوئها العلمى جزء كبير من العالم فترة كبيرة من الزمن .

أهم هذه المدن . المدينة التى كان بها الرسول وأصحابه بعد الهجرة ، والتى بقى فيها الرسول يتلقى آيات الأحكام ، والتى كانت فيها سنته وبقى بها حتى دفن فيها جسده الطاهر ، وقد استوطنها فى العصر الذى نتحدث عنه مالك وانتشر فيها فقهه ونشأ فيها مذهبه ، وهذه مكة التى ولد فيها الرسول وبدأت دعوته ، وفيها الكعبة بيت الله الحرام استوطنها الفقيه سفيان بن عيينه ، وهاتان المدينتان من بلاد الحجاز .

وهناك البصرة . والكوفة ، وبغداد من بلاد العراق كانت لا تقل عن سابقتها شأنا فى الاشتغال بالفقه الإسلامى وامتاز فقهاؤها بالاجتهاد والرأى وكان بالبصرة فى هذا العهد الحسن البصرى . وبالكوفة سفيان الثورى وأبو حنيفة النعمان ، وكان ببغداد أحمد بن حنبل . وداوود الظاهرى ، وابن جرير .

الفسطاط والأزهر

ومن الجهة الأخرى نجد مدينة دمشق من بلاد الشام تحتضن الإمام

الأوزاعى وينبعث منها فقهه وعلمه وأما مصر فقد أخـــذت حظها وافراً فاحتضنت الإمامين الشافعى والليث ودانت لهما بالفضل والعرفان وتلقت عنهما فقههما ، وقـد كانت مدينة الفسطاط هى عاصمة الدولة بعد فتح عمرو ابن العاص لمصر ، وقد كان جامع عمرو الموجود الآن أول مسجد إسلامى بمصر ينبعث منه نور العلم والعرفان .

ثم كان بعد ذلك الأزهر الذى أنشأه جوهر الصقلى فى عهـد الدولة الفاطمية مركزا ثقافيا هاما، وما زال الأزهر قائما يحمل راية العلم والعرفان ، ويحتضن دراسة الشريعة الإسلامية وعلومها ، وإن كانت فى الواقع شيخوخته قد أضعفت قواه . إلا أنه بدأ أخيرا يستعيد نشاطه وقوته بعد طول هدوء واستجمام .

تكوين المذاهب

٢٤ – **المدارس الفقهية وبدء التدوين والتصنيف:** كان لـكل إمام من هؤلاء الأئمـة الذين تصدوا للاجتهاد والبحث والتعمق تلاميذه ومريدوه الذين عرفوا فضله ، وعشقوا علمه، والتفوا حول رأيه ، وأصبحت كل مدينة من هذه المـدن بها مدرسة فقهية جمعت من الفقهاء والمجتهدين من يعنون بدراسة الـكتاب والسنة وتفهم معانيهما ، واستنباط الأحـكام منهما. فوق مايدرس فيها من مختلف العلوم التى تتعلق بهذه الدراسات وقد كانت كل مدرسة من هذه المدارس تمتاز بطابع خاص يميز فقهها .

افتراض الحوادث والاجابة عنها

بهذا تأسس علم الفقه ووجدت الفروع الـكثيرة والبحوث القيمة . لأن الاستفتاء لم يكن قاصراً على الحوادث التى وقعت كما كان فى العصر السابق وإنمـا تناول الأسئلة الافتراضية بل إن الفقهاء أنفسهم كانوا يفترضون جزئيات ويجيبون عنها مع التعليل ، ويرجعونها إلى قاعدة أصلية وكان الفقهاء فى الواقع فى هذا العهد بين اتجاهين متمايزين ، أو بين مدرستين مختلفتين .

مذهب أهل الرأى

مذهب أهل الرأى : وكان مقره العراق وطابع هذه المدرسة ينحصر فى أن شرع الله قد اكتمل وبيِّن قبل وفاة الرسول ،وأن شريعة الإسلام

شريعة معقولة المعانى ، وكان الأصل عندهم هو الكتاب والسنة الصحيحة وما أجمع عليه السلف الصالح ثم يأخذون بعد ذلك بالرأى وهو لا يكون إلا بعد تعقل واجتهاد .

وفى الواقع أن فقهاء هذه المدرسة قد تأثروا بطبيعة البلاد التى أقاموا فيها ، وتوجد أحاديث كثيرة مكذوبة على الرسول وأخرى مشكوك فى روايتها أو راويها . وقد تزعم هذه المدرسة الفقيه النخعى وكان من البارزين فيها الإمام أبو حنيفة وأصحابه .

مذهب أهل الحديث بالحجاز

مذهب أهل الحديث : — كان مقر هذا المذهب الحجاز . وكان فقهاؤه يأخذون أحكامهم من الكتاب والسنة فلا يرجعون إلى الرأى إلا فى القليل — وهم فى ذلك على درجات — إذ قد صح فى نظرهم من الأحاديث ما لا يصح فى نظر فقهاء العراق ولعل منشأ هذا أن فقهاء هذه المدرسة تربوا وتثقفوا فى الإقليم الذى كان مصدر السنة وموطن حملتها ورواتها ، وقد كان يتزعم هذا الاتجاه سعيد بن المسيب (١) وبرع من بعده مالك والشافعى وأحمد

التصنيف والتدوين

٢٥ — **بدء التدوين والتصنيف** : ظهرت المذاهب والمدارس فى هذا العصر على الوجه الذى بينته فتبع ذلك أن تنبه الناس للتدوين بعد أن كثرت الأحكام ، وتشعبت المسائل حرصاً منهم على هذا التراث الجليل . فدونت فى هذه الفترة الكتب الصحاح الستة فى الحديث ، وقد بذل مدونوها مجهودا شاقاً مضنياً فى الجمع والتثبت من صحتها قبل تدوينها ، وقد تبع ذلك أن صنف علم مصطلح الحديث ، والتجريح والتعديل لمعرفة حال الرواة .

---

(١) من الطرائف الدالة على تغلغل الروح الفقهية فى هذا العصر أنه كان لسعيد بن المسيب هذا ابنة فزوجها أحد تلاميذه . واستمر بعد الزواج يتردد على درس أبيها ويجالسه طوال وقته فسألته زوجته عندما هم بالخروج أين هو يذهب فقال إلى درس والدك أتعلم عليه فقالت: اجلس أعلمك علم ابن المسيب . وكانت ملمة بفقه أبيها ذات رأى سديد . راجع المحاضرة التى ألقيتها بجمعية الشبان المسلمين وقد طبعت بعنوان « الأزهر والفتاة » .

كما دونت فتاوى المفتين من الصحابة والتابعين ، وصنفت كتب قيمة فى تفسير القرآن والسنة ، وفى فقه الأئمة المجتهدين ، وفى أصول الفقه ، وعلوم اللغة العربية التى هى لغة القرآن . بل لم تقف همة فقهاء هذا العصر عند هذا الحد ، وإنما تخطى فقهاء العراق كل ذلك وعمدوا إلى ترجمة علوم أخرى كفلسفة اليونان ، ومنطق أرسطو ، كما وجهوا عنايتهم لدراسة الأديان الأخرى .

مدى خلاف فقهاء هذا العصر

٢٦ — **الفرق بين اختلاف الفقهاء فى هذين العهدين**: وإن كان العصر السابق ، لم يختلف الفقهاء فيه وهم من الصحابة وكبار التابعين فى أسس التشريع والقواعد العامة ولا فى المصادر ، وترتيب الرجوع إليها ، وإنما كان اختلافهم - إن وجد - فى الفروع والجزئيات. غير أنه فى هذا العصر الذى كثر فيه الجدل والنقاش والمناظرات الفقهية . اتسعت هوة الخلاف بينهم ، وبعد مداه فشمل شيئا من الأسس التى بنى عليها التشريع .

أسباب اختلاف الفقهاء

٢٧ — **أسباب اختلاف الفقهاء** : ويمكن أن نلخص هنا الأسباب التى دعت إلى اختلاف فقهاء هذا العصر فى الآتى : —

(١) الكثير من الأحكام جاءت فى مصادر الشريعة مجملة تحتاج فى فهمها واستنباط الأحكام منها إلى شىء من الفكر والتأمل ، والعقل البشرى يختلف فى طاقته وقوته . ويتبع ذلك تفاوت الفقهاء فى فهم أسرار الشريعة وعللها فيختلف قياسهم لاختلاف فهمهم .

(٢) كانت السنة إلى هذا العهد لم تدون فتفاوت الفقهاء فى حفظها والعلم بها . فقد تعرض حادثة على فقيه يحفظ فيها سنة عن رسول الله فيقضى بها ، وقد تعرض نفس الحادثة على آخر لم يحفظ فيها سنة فيحكم فيها بالاجتهاد والرأى ، وقد يختلف الحكم .

(٣) تناقل الناس رواية الحديث وهم متفاوتون دقة وإدراكا فتبع هذا اختلاف فى الرواية قد يتبعه تحريف يغير من المعنى وقد يكون هذا من غير

قصد ، وقد يكون مقصوداً ، فتبع ذلك أن تشكك الفقهاء فى طريق الرواية بل وفى الراوى نفسه .

(٤) اختلاف البيئة والعادة ، وتغاير العرف بين الناس باختلاف الأقطار وتفرق الفقهاء فيها .

(٥) الاختلاف السياسى الذى أدى إلى وجود الشيعة والخوارج . فكانوا لا يأخذون بحديث ينفرد بروايته أنصار معاوية كما أن أحدهما لا يأخذ بحديث ينفرد بروايته الآخر .

اجتهاد الموالى فى الفقه

٢٨ — **الموالى والفقه الإسلامى:** كانت سماحة الإسلام لا تفرق بين المسلم العربى أو العجمى ، ولا بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والرق فى أخذ العلم والتفقه . الناس فى نظر الإسلام سواء لا تفاضل بينهم إلا بالتقوى والعلم فقد تعلم الناس وتفقهوا على عائشه زوجة الرسول . كما أخذوا وتعلموا على غيرها من الرجال والنساء ممن عاشروا الرسول وصاحبوه من أى نوع كانوا . بل ومن الملاحظ أن الموالى قد برعوا فى التفقه والقدرة على استنباط الأحكام مستعينين بما عندهم من الثقافة والنباهة والكتابة بمقتضى حضاراتهم التى كانوا فيها قبل أسرهم فى الفتوح الإسلامية ، وقد ساعد على ظهورهم فى العلم أن العرب — وكان الحكم فيهم — قد شغلوا بالسياسة وحكم الولايات عن التوسع فى العلم ، وليس هناك ما يشغل الموالى عن الاستفادة والتزود من العلم ، وكان هذا سهلا ميسوراً لهم والكثير منهم كان فى خدمة فقهاء الصحابة والتابعين يخالطونهم ويلازمونهم ، ويأخذون عنهم علمهم وفضلهم .

نذكر من هؤلاء الموالى الفقهاء نافع مولى ابن عمر وكان من أعلم أهل المدينة، وعكرمة مولى ابن عباس من أشهر علماء مكة ،وسعيد بن جبير مولى بنى واليه من أشهر علماء الكوفة ، والحسن بن يسار ، ومحمد بن سيرين ، والحسن

البصرى موالى زيد بن ثابت وكانوا من أشهر علماء البصرة، ويزيد بن حبيب كان مفتى أهل مصر .

السياسة وأثرها فى الفقه

٢٩ — **أثر السياسة فى ازدهار الفقه** : السياسة كما هى فى كل العهود تكون كالعصا السحرية ترفع وتخفض ، وحقاً الناس على دين ملوكهم فحينما يتجه الحاكم إلى ناحية إصلاحية يتسابق الناس إلى هذه الناحية ، وحينما يهملها الحاكم تبقى فى سبات عميق وتلك سنة الله فى كونه.

ازدهر الفقه الإسلامى فى عهد الدولة العباسية فى بدء تكوينها . إذقامت هذه الدولة باسم الدين وللدين رغم أن بعض خلفائها كان فى سلوكهم انحراف لا يتفق مع مظهر دولتهم الدينى . فكانت سياسة حكام الدولة العباسية وقد أخذوا الحكم ، وأرادوا أن يكسبوا عطف الأمة الإسلامية أن يقربوا إليهم الفقهاء ويعتنوا بهم ، فكانت مجالسهم دائماً فيها العلماء . وأظهروا للناس خضوعهم لأمر رجال الدين بصفتهم الحكام الروحانيين ، بل وكانوا يشتركون مع العلماء فى المناقشات الفقهية والبحوث العلمية وإن كان لهذا بعض الآثار السيئة فى هذا العهد فإنه لا شك قد أوجد نهضة علمية ، وعناية بالفقه لم يكن لها وجود من قبل. ولعل تقرب الحكام من الفقهاء كان مخافة أن يجتذبهم العلويون إلى صفوفهم وإنى لأسوق حادثتين يدلان على مقدار تعلقهم بالفقهاء واحتمالهم لشدتهم .

كان الرشيد يرسل ولديه الأمين والمأمون لينخرطا فى حلقة درس مالك ابن أنس ويدرسا عليه — مع من يدرس — الحديث والفقه . كما أرسل الرشيد إلى القاضى أبو يوسف من فقهاء العراق يطلب إليه أن يضع له نظما للضرائب والجباية فيضع له كتاب « الخراج » ويستهله بقوله للخليفة « إياك والأمر بالهوى والأخذ بالغضب ، وكن من خشية الله على حذر .. الخ » .

عصر التقليد والجمود

ازدهار الفقه فى العصر السابق وأثره هنا

٣٠ — رد فعل التقدم الفقهى : هذه سنة الله فى كونه ولن تجد لسنة الله تبديلا . كل شىء يصل إلى أقصى غايته لا بد أن يعود من حيث بدأ . فقد كان مع الأسف لهذا الازدهار رد فعل ، وبدأ فى القرن الرابع الهجرى يدب الضعف فى جسم الدولة وتبع هذا جمود الفقهاء وضعف الاجتهاد . ولم لا وقد ترك السلف من الفقهاء ثروة فقهية طائلة قد دونت جميعها ورتبت وأصبحت سهلة المنال ميسرة السبل . فلم إذن الإجهاد والاجتهاد والتعمق ما دامت الحياة فى عهدهم أصبحت ركوداً بعد حركة .

التقليد والتعصب

٣١ — تقليد الفقهاء للأئمة السابقين والتعصب لهم :بدأ هذا العهد من منتصف القرن الرابع الهجرى وقد تأثر الفقهاء بما أصاب الدولة فى جميع شئونها فمات فيهم الاستقلال الفكرى ، وتركوا إعمال الفكر والإجتهاد ، وركنوا إلى تقليد الأئمة ، وحصروا أبحاثهم فى دائرة ضيقة محدودة كل فى حدود مذهب فقيه سابق لا يحيد عنه وأصبح فى نظرهم أن الآراء التى فى المذاهب الأخرى خاطئة وأن كل ما قاله الإمام الذى يقلده صحيح لا يحتمل الشك ، وقد وصل هذا التعصب المذهبى إلى أن يقول الكرخى «الفقيه الحنفى» « كل آية أو حديث يخالف ما عليه أصحابنا فهو مؤول أو منسوخ » فأين هؤلاء من الأئمة السابقين . وهذا قول عمر بن الخطاب لأبى موسى الاشعرى حين ولاه القضاء « إن الحق قديم لا يبطله شىء ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل » ، وقول مالك « ما من أحد إلا ويؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله » .

وبعد أن كان الراغب فى التفقه يرجع إلى كتاب الله وسنة رسوله أصبح فى هذا العصر يتلقى كتب مذهب معين يدرسها ليكون على بينة من طريقة استنباطه للأحكام ، وأصبحت عبارة الإمام السابق عندهم منزلة منزلة الشارع ويعتبرونها نصاً فى الفقه لا يرجع عنه .

وبالجملة فقد زالت شخصية فقهاء هذا العصر فى شخصية أئمتهم ، وأصبح همّ الفقيه وغايته أن يطبق على قاعدة إمامه ويقيد بحثه العلمى بفكرة إمامه ، ومع هذا فقد كان فى هذا العصر من الفقهاء من لا يقلون شأناً عن سابقيهم فى عمق الفكرة وحسن الاستنباط والقدرة على الاجتهاد لكنهم مع هذا كان ينقصهم الجرأة والشجاعة فى إعلان الرأى وتقبل النقد .

العوامل المؤدية إلى الجمود الفكرى

٣٢ – أسباب الجمود الفكرى فى هذا العصر :

(١) قلنا إن ازدهار الفقه والعناية بالتدوين والتصنيف فى العهد السابق جعل كل شىء معداً سهلا لينا لمن بعدهم ، فانصرف فقهاء هذا العصر إلى الانتصار للأئمة والتعصب لهم ، ومهاجمة الآخرين .

(٢) تهيب العلماء نقد زملائهم وخصوصاً أن داء الحقد والحسد والأنانية قد دبّ فى نفوسهم . فكانوا إذا طرق أحدهم باب الاجتهاد انقضوا عليه وهاجموه بحق وبغير حق .

(٣) كانت الدولة نفسها قد انحلت وأصابها الضعف ولم يكن لها من النظم ما يتعين به المختص بالفتوى فتصدى للإفتاء من صلح له ومن لم يصلح فتعارضت الأحكام وتناقضت حتى كان الحكم القضائى يختلف فى الحادثة الواحدة فى البلد الواحد ، وكله باسم الدين مما بلبل الأفكار ، وأزعج العلماء فما كان إلا أن رأوا منعا لهذا الفساد سد باب الاجتهاد ، وألزموا كل من يتصدى للفتوى بالتقيد بأحكام الأئمة السابقين .

٤ – الدعاية القوية التى قام بها تلاميذ الأئمة السابقين لنشر مذهب أئمتهم ، والاستعانة فى ذلك بالحكام بعض الأحيان فكثيراً ما أنشئت المدارس وقصر التعليم فيها على مذهب معين ، وخصصت للمعلم والمتعلم المكافآت مما أدى إلى التسابق عليها والانصراف عن غيرها والتفانى فى إعلاء شأنها والحط من غيرها .

مراحل ترك الاجتهاد

٣٣ — **طبقات الفقهاء فى هذا العصر** : أدت هذه العوامل التى سقناها إليكم إلى الحد من الاجتهاد المطلق إلا أنها لم تحل بين العالم وبين الاجتهاد فى فقه المذهب الذى يقلده ،ومع هذا فهو لا يخالف إمامه فى أصل من أصوله ، ولكن فى بعض الأحكام الفرعية . ثم جاء من بعدهم خلف انحصر اجتهادهم فى استنباط المسائل التى جدت ولم يرو فيها رأى لإمامهم . أما المسائل التى ورد فيها رأى لإمامه فلا يستطيع مناقشتها . ثم ضاقت دائرة التفكير وانحصرت فى الاجتهاد فى استخراج علل الأحكام التى جاءت فى المذهب فيزول ما فيها من خفاء وغموض . ثم انحصر اجتهادهم بعد ذلك فى ترجيح إحدى روايتين فى المذهب على الأخرى لأنها أصح رواية ، أو لأنها أرفق بالناس أو أقرب للقياس .. واستمر الحال على ذلك حتى استقر على التقليد الصرف حتى أواخر القرن الماضى .

التصنيف فى الفقه المذهبى وفائدته

٣٤ — **كثرة التصنيف فى الفقه المذهبى** : لم تحرم هذه الفترة — مع ما سبق — من الفقهاء الذين خدموا الفقه المذهبى ، وجعلوا منه ثروة طائلة قوية ، وتبع هذا أن كثر الجدل وشاعت المناظرات بين الفقهاء كل يجتهد فى بيان وجهة نظر مذهبه ، وظهر فى هذا العصر الكثير من كتب الفقه والتفسير التى تعتبر مرجعاً ثميناً فى الفقه المذهبى ، والتى تكتظ بها مكتبات الفقه الإسلامى ، وتعتز بها حتى وقتنا الحاضر .

عصر النهضة الحديثة

النهوض بالفقه والخروج على التقليد

٣٥ — **بدء الخروج على التقليد الصرف** : لكل شىء نهايته فلعصر التقليد والتقيد برأى أمام بعينه نهايته أيضاً ، ولا بد أن يعود للفقه الاسلامى ازدهاره وقوته . فقد طال عهد التقليد ، واشتد الناس ضيقاً بهذا التقليد بعد أن تغير الزمن ، واختلفت العادات وتبدلت ظروف الحياة مما جعل المفكرون منهم يتجهون ناحية الغرب يقتبسون تشريعه ويطبقونه فى بلادنا

الإسلامية ، واسل جهود العلماء ، ومعاهد العلم الاسلامى هى المسئولة عن ذلك وفى هذا الظلام الحالك الذى وصل إليه حال الفقهاء . اتجهت الحكومة العثمانية — وكانت تدعى تمثيل الخلافة الإسلامية — لإخراج قانون للمعاملات المدنية مقتبساً من الفقه الإسلامى من غير تقيد بمذهب مع مراعاة مصالح الناس وروح العصر ، وقد تم ذلك وصدر به قانون «مجلة الأحكام العدلية» فى أواخر القرن الهجرى الماضى (١)

مصر ونهضة الفقه الاسلامى

٣٦ — *نهضة الفقه الاسلامى فى مصر* . نهضت مصر فى كثير من شئونها فى أوائل هذا القرن وبدأوا ينفضون عنهم ما كان يسبب لهم المتاعب النفسية ، وكان الناس قد بدأوا بالشكوى من التقيد فى الأحكام بمذهب معين . وظهرت شكواهم لولاة الأمر ، وللقضاة فيما يطرح أمامهم ، وللعلماء فيما يستفتون فيه . فعملت الحكومة على تأليف لجنـــة من كبار الفقهاء ، والمشرعين لوضع قوانين تؤخذ من الفقه الإسلامى من غير تقيـد بمذهب معين مع مراعاة روح العصر فصدر القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ والقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ وكلاهما قد حقق للمتقاضين اطمئنانهم ورفع شكواهم وكشف عنهم غمتهم ، وفى سنة ١٩٣٦ اتسع الأفق وخطت مصر خطوة جديدة نحو التخلص من التقيد المذهبى فكانت لجنة الأحوال الشخصية التى جمعت فطاحل الفقـه والقانون وها هى قد أخرجت للناس قوانين الوقف والوصية والميراث من غير أن يتقيدوا بمذهب معين وكان هدفهم فى وضع أحكام القانون أن تكون ملائمة لمصلحة الناس والتطور الاجتماعى ، ولا ندرى ما الذى تم فى قانون الأحوال الشخصية رغم طول عهد اللجنة .

---

(١) وإن كان فى الواقع قد ظهر فى منتصف القرن الثامن الهجرى من الفقهاء من حملوا على التقليد ودعوا إلى الاجتهاد والرجوع إلى الكتاب والسنة . وعمل السلف الصالح أمثال ابن تيميه ، وتلميـذه ابن القيم ، ولقد ظهرت آراؤهما واضحة وأخذ بها فى أوائل القرن الهجرى الماضى الوهابيون فى بلاد الحجاز .

نهضة الفقه في الأزهر

ومن ناحية أخرى فقد ظهرت هذه النهضة الفقهية فى الأزهر وفى كليات الحقوق فأخذت دراسة الفقه شكلا جدياً وبدأ الفقه فى الأزهر يمشى مع الحياة وينظر فى كل ما جد فيها ، وما زال الفقهاء فى هذا العصر يأخذون فى أسباب الرقى الفكرى والبحث الحر المستقيم ، ولعل من آثار هذه النهضة ما تقرر فى مؤتمر لاهاى من اعتبار الفقه الإسلامى مصدرا من مصادر التشريع العام - وها هى باقى الدول الإسلامية تسير مع مصر بخطى واسعة فى هذا المضمار وفق الله الأمة الإسلامية إلى ما فيه صلاحها .



الفصل الثالث

تاريخ المذاهب المختلفة فى الفقه الاسلامى وقواعـــدها

مذاهب الفقه الإســلامى

تكلمنا فى الفصل السابق عن عصر الأئمة المجتهدين والمذاهب ، وأشرنا هناك إلى أن بعض المذاهب لم يتح لها البقاء ومنها ما بقى أتباعها حتى الآن وهى إما مذاهب وجدت لفكرة سياسية فى الأصل أو كانت للفقه خالصة . وإليك موجزا عن هذه المذاهب :

مذاهب انقرض أتباعها

٣٧ — **مذاهب انقرض أتباعها** : ظهر من الفقهاء أصحاب الرأى من تعمقوا فى الفقه ، وكونوا لهم رأيا فيه وكانت لهم قواعدهم التى استنتجوها من الكتاب والسنة وكان لهم أتباع وتلاميذ إلا أنها انقرضت بانقراضهم ولم يبق لها وجود إلا فى بطون الكتب . نذكر من أصحاب هذه المذاهب الأوزاعى وأبا داوود الظاهرى ، والحسن البصرى ، وعامر بن شرحبيل الشعبى ، وسفيان الثورى والليث بن سعد .

مذاهب أوجدتها السياسة — الأباضية

٣٨ — **مذاهب أساسها الخلاف على الخلافة والحكم** : قلنا إن المسلمين قد انقسموا بسبب الخلافة وكان منهم الشيعة والخوارج . فكانت لهم مذاهبهم الخاصة ولهم رأيهم الخاص فى رواة الحديث من هذه المذاهب :

الأباضية : نسبة إلى عبد الله بن أباض ، وهو من الخوارج وظهر مذهبه فى منتصف القرن الثانى الهجرى ، ومن أصوله عدم الأخذ بحديث تنفرد بروايته شيعة على أو أتباع معاوية ، ويرون الخلافة لمن يصلح لها سواء أكان عجمياً أم عربيا ، ولهم أتباع فى شرق الأردن وتونس والجزائر .

الامامية **الإمامية الاثنا عشرية**: وهم من الشيعة، وسموا بذلك لأنهم اثنا عشر إماماً . أولهم على بن أبى طالب وآخرهم أبو القاسم محمد العسكرى . خالفوا أهـــل السنة فى كثير من المسائل . منها أنهم يرون الطلاق غير واقع إذا لم يصدر أمام شاهدى عدل (١) وأن الطلاق الثلاث فى مجلس واحد يعتبر طلقة واحدة (٢) ، ويمنعون تزوج المسلم بالكتابية ، ولا يعتبرون الرضاع محرماً للزواج إلا إذا بلغ خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن زوج واحد لم يفصل بينها رضاع امرأة أخرى . وما زال لهم أتباع فى إيران والعراق .

الزيديه **الزيدية**: فريق من الشيعة أيضاً اختلفوا معهم فى الخلافة فهم يرون أنها فى زمنهم لزيد حفيد الحسين بن على بينما يراها الإمامية لأخيه محمدالباقر ولعلهم أقرب الطوائف إلى جمهور المسلمين . يشترطون فى إمامهم أن يكون مجتهداً ، ولذا كثر فيهم المجتهدون ؛ وانتشرت آراؤهم فى الفقه ، وما زال أتباعهم ينتشرون فى اليمن .

الاسماعيلية الاسماعيلية : ويسمون بالباطنية. وهم من الشيعة أيضاً إلا أنهم فيما يبدو لنا قد انحرفوا عن الطريق السوى وسلكوا فى مذهبهم مسلكا غريباً . فهم يتشككون فى كثير من مسائل الدين كرمى الجمرات ، والسعى بين الصفا والمروة عند الحج ، ويرون أن التكاليف والشعائر الدينية إنما هى للعامة من الناس دون الخاصة ، ويرون أن القرآن ظاهر وباطن وأنه لا معنى للأخذ بحرفيته وإنما يجب أن يفهم جميعه على طريق التأويل فى معانيه ولذا يسمون بالباطنية ، ولهم أتباع حتى الآن ورئيسهم الروحى هو الزعيم الثرى أغاخان

الفاطمية: هم فريق من الإسماعيلية ينسبون أنفسهم إلى السيدة فاطمة

---

(١) ويا حبذا لو بحث موضوع الطلاق ووضع له تشريع يحد من الفوضى التى نحن فيها وقد كتبت فى ذلك فارجع إلى مقالاتى فى الاهرام فى مارس سنة ١٩٥٣ .

(٢) والمحاكم الشرعية على هذا الآن .

الزهراء بنت الرسول وزوجة على ، ولعلهم أكثر اعتدالا من الاسماعيلية ولكنهم استطاعوا أن يكوّنوا لأنفسهم دولة هى الدولة الفاطمية التى فتحت مصر فى عهد المعز على يد جوهر الذى شيد الأزهر لنشر المذهب الشيعى .

الراوندية

الراوندية : وهم من أهل خراسان تشيعوا للعباسيين إلى حد بعيد وكانوا يرون أن الخلافة واجبة لبنى العباس قرابة الرسول . وقد ذهب فريق منهم إلى الأخذ بنظرية التناسخ وقالوا إن روح آدم قد حلت فى أحد زعمائهم

ولعلك واجد أن هذه المذاهب التى تكلمنا عنها هى مذاهب سياسية أكثر منها مذاهب فقهية ، ولعلك قد رأيت ما أحدثه التشيع من آثار سيئة فى العقيدة ولعل هذا أيضاً كان من أسباب كثرة الجدل الفقهى وتغلغل الروح الفقهية فى نفوس أهل هذا العصر ، وحمل جمهور الفقهاء على التعمق فى البحث ومناقشة ما جره هذا الانقسام السياسى من آراء فقهية .

المذاهب الأربعة

أبو حنيفة من أهل الرأى

٣٩ — المذاهب الفقهية البحتة الباقية أو المذاهب الأربعة : وهى المذاهب التى نشأت لمجرد اختلاف أئمتها فى طرق فكرتهم وفهمهم للنصوص واتجاههم للرأى أو الحديث ولم يكن للسياسة أو الخلافة أثر فى تكوينها .

أولا — المذهب الحنفى : نسبة للامام أبى حنيفة النعمان بن ثابت ولد سنة ٨٠ هـ بالكوفة ، وتفقه فيها ، واستقدمه الخليفة المنصور إلى بغداد فرحل إليها وانتشر مذهبه فيها توفى سنة ١٥٠ هـ . كان أعلم أهل عصره إماماً محققاً قال فيه الشافعى « الناس فى الفقه عيال على أبى حنيفة » . كان فقيها أميناً ثبتاً فى رواية الحديث لا يروى إلا الصحيح ، كان واسع المال ميسور الحال ، مصدر ماله تجارته . فقد كان بزازا يبيع الخز . كان يزهد فى الجاه والسلطان رفض القضاء حتى جلد بالسياط ومع هذا فأصر على الرفض فسجنوه ففضل الحبس على أن يقضى بين الناس ويتحكم فيهم .

درس فى مدرسة عبد الله بن مسعود ، وكان من أهل الرأى أماماً فى القياس بارعاً فى الاستحسان وقد نقل عنه أنه قال فى طريق استنباط الحكم :

« إنى آخذ بكتاب الله إذا وجدته . فما لم أجد فيه أخذت بسنة رسول الله والآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدى الثقات فإذا لم أجد لا فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله أخذت بقول أصحابه مَن شئت وأدع قول من شئت ثم أخرج من قولهم إلى قول غيرهم فإذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبى والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب فلى أن أجتهد كما اجتهدوا » وكانت إذن أصول المذهب الحنفى الكتاب والسنة المتواترة والمشهورة والإجماع والقياس وأخـــذ بالاستحسان . وكان ورعاً تقياً محبا لأهل بيت رسول الله كثير الصمت لا يتكلم إلا إذا سئل فى مسألة فقهية فيتدفق علمه . تتلمذ عليه الكثير وأتى له الراغبون فى فقهه من كل جهة . ولقد استمر معه بعض تلاميذه وعاونوه فى وضع المسائل والإجابة عنها وكانوا لا يرون بأسا فى مناقشة رأيه ومخالفتهم له إن تبينوا أن الصواب فى غير دليله ونستطيع القول بأنهم شاركوه فى تأسيس المذهب ومن أشهرهم :

أصحاب أبى حنيفة
١ ـ أبى يوسف كتب فى المذهب

١ — أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم الأنصارى ولد سنة ١١٣ هـ ونشأ وتعلم فى الكوفة وقد توفى سنة ١٨٢ هـ كان فقيراً وشغوفا بطلب العلم ساعده الإمام أبو حنيفة بالمال وأمده بعلمه كما تفقه أيضا على ابن أبى ليلى واشتغل برواية الحديث حفظ منه الكثير واستدل به مع أنه كان يغلب على فقهه طابع الرأى الذى تأثر به من شيخه الإمام أبى حنيفة ونقل مع باقى تلاميذ الإمام فقهه ونشروا مذهبه . اشتغل بالقضاء وقد أفاده هذا كثيراً فى فقهه لأنه خابر الحياة العملية ومنها اشتق قياسه وهو ممن ألف الكتب فى المذهب

٢ ـ محمد صاحب كتب ظاهر الرواية

٢ — محمد بن الحسن الشيبانى ولاء ولد سنة ١٣٢ نشأ بالكوفة ثم أقام ببغداد، أدرك الإمام وتتلمذ عليه فترة قصيرة لأنه عند وفاة الإمام كان لم يبلغ العشرين ثم درس على أبى يوسف وكان من أهل الرأى ثم رحل إلى الحجاز وحفظ الحديث وتلقى عن الإمام مالك فقهه كما أخذ عن الأوزاعى فجمع بين مدرسة الرأى ومدرسة الحديث واشتغل بالقضاء . كتب كثيراً فى الفقه الحنفى

وله جملة كتب منها كتب ظاهر الرواية الستة «المبسوط . الزيادات . الجامع الصغير . السير الصغير . السير الكبير . الجامع الكبير » وهى تعتبر أصول المذهب الحنفي وقد رواها عنه رواة ثقاة وله غير ذلك كتب غير ظاهر الرواية وهى لم تثبت نسبتها له بطريق التواتر توفى سنة ١٨٩ هـ .

زفر كان بارعا في القياس

(٣) زفر بن الهزيل بن قيس الكوفى ولد سنة ١١٠ هـ وتوفى سنة ١٥٨ هـ أخذ عن أبي حنيفة فقهه وتأثر به إلى حد أنه صار من أهل الرأى كان ماهراً في القياس قوى الحجة لم تعرف له كتب .

هذا وهناك غير هؤلاء الكثير من التلاميذ ومن هذا نجد الفقه الحنفي شركة بين آراء الإمام وأصحابه الثلاثة المذكورين. ولعل هذا المذهب أكثر انتشارا فى الهند . ومصر والترك . والعراق وغيرها. هذا وقد اصطلح الفقهاء أخيراً على أن يطلقوا على أبى يوسف ومحمد كلمة (الصاحبين) و على أبى حنيفة وأبى يوسف (الشيخين) وعلى أبى حنيفة ومحمد (الطرفين) أما زفر فيسمى باسمه ولعل مرد هذا إلى قصر المدة التى قضاها بعد الإمام وقلة نقله عنه وروايته

مالك من مدرسة الحديث

ثانيا مذهب مالك : هو مالك بن أنس بن أبى عامر ولد بالمدينة سنة ٩٣ هـ وعاش بها حتى توفى سنة ١٧٩ هـ تعلم الفقه والحديث على علماء أهل المدينة الذين كان طابعهم الاستدلال بالسنة ولا يتجهون إلى الرأى اتجاه أهل العراق. أوذى كثيرا من أهل السلطان فقد روى أن والى المدينة جعفر ابن سليمان ضربه بالسوط لإفتائه بتحريم زواج المتعة على خلاف رأى جد العباسيين، أو لأنه أفتى بأن البيعة لا تصح مع الاكراه ، أو لهما معاً . وعلى كل فقد تحمل الإيذاء وصبر عليه . ومع هذا فقد كان قوياً فى الحق لا ينتقل إلى رجال الجاه والسلطان ولا يحتك بهم. وروى عنه أنه رفض أن يجيب هارون الرشيد لطلبه وينتقل إلى قصره ليقرأ موطأه على ولديه الأمين والمأمون وأصر حتى انتقلاهما إلى مجلسه وحلقة درسه واتخذ من مسجد الرسول مكانا لنشر فقهه ودرس عليه أبو يوسف ومحمد والشافعى .

توسع فى الأخذ بالحديث والمصالح المرسلة

ومن أشهر تلاميذه عبد الله بن وهب المصرى وقد كان أعلم أصحاب مالك بالسنة والأثر. وكان عبد الرحمن بن القاسم أيضا الثانى فى تلاميذ الإمام مالك فقد كان عالما أمينا بفقه مالك توفى بمصر أيضاً. ولعلهما هما اللذان قاما بنشر مذهبه فى مصر وسودانها وساحل أفريقيا الشمالى. وله كتب منها الموطأ أول كتاب من نوعه فى جمع الأحاديث الصحيحة وأقوال الصحابة والتابعين. ولقد كان لموطأ مالك شأن عظيم حتى رغب الخلفاء فى جعله مرجعاً رسميا للناس فى موضوعه.

والأساس فى مذهبه أو أدلته وأصوله. الكتاب أولا، فالسنة المتواترة فالمشهورة فأخبار الآحاد الثقة بشرط أن يؤيدها عمل أهل المدينة ثم الإجماع فالقياس بعد ذلك وكان لعمل أهل المدينة أثر واضح فى فقهه وفتواه.

وإن كان القياس عند مالك ليس له المكانة التى له فى مذهب الأحناف إلا أنه كثيرا ما كان يبنى أحكامه على أساس ما سماه «المصالح المرسلة».

الشافعى من مدرسة الحديث

ثالثا. مذهب الشافعى: هو محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع قرشى من بنى طالب. ولد بغزة سنة ١٥٠ هـ ورحلت به أمه صغيراً يتيما فقيرا إلى مكة حفظ القرآن قبل التاسعة كما حفظ الكثير من الحديث وكان قوى الذاكرة. ولما شب انتقل إلى البادية فتعلم فيها لغة البادية كما تعلم الشعر والأدب وبرع فى فن الرماية. ثم عاد إلى المسجد الحرام وفيه أخذ علوم الفقه والحديث وحفظ موطأ مالك ثم رحل إلى المدينة فلقى مالكا وأخذ عنه فقهه حتى توفى مالك وكان الشافعى قد قارب على الثلاثين فانتقل إلى اليمن واشتغل على ولاية نجران. وفى سنة ١٨٤ هـ وشى به إلى الخليفة الرشيد فجىء به إلى بغداد متهما بتشيعه للعلويين ومناصرتهم لكنه قد خرج من هذه التهمة بقوة حجته وشهادة محمد بن الحسن تلميذ أبى حنيفة الذى كان فى حضرة الخليفة

بقى الشافعى بعد ذلك ببغداد ودرس تعاليم مدرسة أهل الرأى على محمد بن الحسن وناظره وكثيرا ما كان ينتصر لمدرسة الحديث وفيه يقول ابن حجر

« إجتمع للشافعي علم أهل الرأى وعلم أهل الحديث فتصرف فى ذلك حتى أصل الأصول وقعد القواعد وأذعن له الموافق والمخالف » .

وكانت أصول المذهب الشافعي : القرآن يعمل بظاهره مالم يقم الدليل على وجوب صرفه إلى ما يخالف الظاهر . ثم السنة المتواترة فالمشهورة حتى خبر الواحد الثقة ولو لم يكن مشهوراً كما يشترط الأحناف ، ولا موافقا لعمل أهل المدينة كما يقول مالك . ثم الإجماع ، ثم القياس بشرط أن يكون له أصل من الكتاب والسنة وهو لم يتوسع فى القياس توسع الأحناف . بل ذهب الشافعي إلى بطلان الأخذ بالاستحسان .

وكان كثير التنقل والترحال فتعرف شئون الناس وتجارب الحياة ثم عاد إلى مكة وتفرغ لنشر آرائه فتلقاها بعض الوافدين إلى الحج . ثم عاد إلى العراق مرة أخرى سنة ١٩٨ هـ فنشر مذهبه القديم ولم يمكث بها طويلا ثم رحل إلى مصر سنة ١٩٩ هـ وبقى بها ينشر نور علمه وقد غير فى آرائه وأحكامه بعد تجواله وترحاله وعمل فى مصر مذهبه الجديد وله من الكتب : الرسالة ، والأم . توفى ودفن بمصر سنة ٢٠٤ هـ . وانتشر مذهبه فى اليمن ودلتا مصر والحجاز وسوريا .

أحمد بن حنبل من مدرسة الحديث

رابعا : مذهب أحمد بن حنبل — نسب هذا المذهب إلى الإمام أحمد بن محمد بن حنبل الشيبانى العربى ولد ببغداد سنة ١٦٤ هـ من أبوين كريمين مات والده وهو طفل صغير وترك له اليسير من المال فتعهدته أمه ووجهته من صباه لدراسة علوم الدين لحفظ القرآن وتعلم اللغة وهو صبى . وعرف بالتقوى والورع وكان ثقة ونال إعجاب الناس من أيام صباه اختار لنفسه أن يدرس الحديث وروايته فتلقاه أولا على أبى يوسف ثم انتقل إلى علماء الحديث ورواته ولازم الإمام هشيم بن بشير حتى وفاته ثم رحل بعد وفاة شيخه فطاف بالأقطار الإسلامية طلباً للحديث ومع هذا فقد منعه ضيق اليد عن متابعة رحلاته . التقى بالشافعي فى بلاد الحجاز — وماكان يقصده أصلا — فدرس عليه الفقه وأصوله وطرق استنباطه

كان لا يلجأ إلى القياس طالما وجد في المسألة سنة حتى المرسل منها والضعيف ، له قاعدة في العقود عظيمة الأثر وهي أن الأصل فيها الإباحة لا الحظر .

ولعلنا نستطيع أن نقول إن ابن حنبل كان محدثاً أكثر منه فقيها فلم يشتهر بالفتيا ولم يكتب في الفقه بل روى أنه نهى أصحابه عن الكتابة في الفقه مخافة الانصراف عن الحديث وترك مسنده وهو أصل يعول عليه في الحديث . ولولا أن تلاميذه من بعده اعتنوا بتدوين آرائه وفتياه وجمعوها وجعلوا منها مجموعة فقهية لا بأس بها لما كان ابن حنبل يذكر من الفقهاء ومع هذا فنسبة المذهب إليه تحتاج إلى شيء من النظر .

هذا ابن حنبل الذي خدم الحديث والفقه والذي صبر صبراً جميلا على محنته أيام المأمون لما أثيرت مسألة هل القرآن مخلوق أو غير مخلوق ، وقال هو بأنه غير مخلوق وخالف في ذلك الخليفة فضُرب بالسياط ضربا مبرحا وحبس وبقي في بغداد حتى توفي ودفن فيها سنة ٢٤١ هـ ولعل مذهبه يكون أقل انتشاراً من المذاهب الثلاثة السابقة التي كانت قد استقرت في البلاد وعمل بها الناس وأتباعه في الحجاز بكثرة وله من يتبع مذهبه في مصر وفلسطين .



القسم الثانى

مصادر الفقه الاسلامى

الفصل الأول

المصادر التى كانت فى عهد الرسول

أولا — القرآن الكريم

القرآن المصدر الأول للفقه الاسلامى

٤٠ — المصدر الأول القرآن : هو كتاب لا ريب فيه هدى للمتقين هو أساس الدين . ويعرفه علماء الأصول : بأنه الكتاب المنزل على محمد صلى الله عليه وسلم . باللفظ العربى، المنقول إلينا بالتواتر المبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس . وقد نزل به الوحى على محمد بمعناه ولفظه ليحفظه ويبلغه للناس كما أنزل إليه « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك »

الترجمة لا تعتبر قرآنا

ترجمة القرآن : على هذا الأساس فإن ترجمة القرآن لا يصدق عليها هذا التعريف فلا تعتبر قرآنا ، وإنما هى تفسير للقرآن سواء فى ذلك الترجمة الحرفية وغيرها . وقد كان هذا الموضوع محل بحث كبير وجدل طال بين العلماء ليس هنا محله .

نزوله منجماً وحكمة ذلك

نزوله منجما وحكمته : نزل القرآن على محمد منجما بياناً لحكم أو جواباً لسؤال أو استفتاء كما سبق بيانه والحكمة فى ذلك أن يحفظه الرسول ويعيه وهو الأمى الذى لا يقرأ ولا يكتب « وقال الذين كفروا لولا أنزل عليه القرآن جملة واحدة . كذلك لنثبت به فؤادك » ، ومنها أن يكون ذلك أبعث على القبول وعلى فهمه وتعرف أسراره ومراميه . بل وفى نزوله مفرقا رحمة

بالناس إذ لو نزل عليهم دفعة واحدة لشق عليهم وثقلت تكاليفه خصوصا وأنه فوق كونه دينا يتعبد به فهو تشريع منظم لأحكام الدنيا .

أول وآخر ما نزل منه

وأول ما نزل من القرآن «اقرأ باسم ربك الذى خلق . خلق الإنسان من علق . اقرأ وربك الأكرم الذى علم بالقلم . علم الإنسان ما لم يعلم» وقد فوجىء الرسول بنزول الوحى وكان فى غار حراء . فارتجف وارتعدت فرائصه ورجع إلى أهله . وقال زملونى . دثرونى . فزملوه ودثروه ثم نزل الوحى بقول الله تعالى «يا أيها المدثر قم فأنذر ..» .

وآخر ما نزل من آيات الأحكام قوله تعالى «اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا»

أما آخر آية نزلت من القرآن جميعه فهى على الأرجح «واتقوا يوما ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون» وقد بينا من قبل أن منه ما نزل بمكة وكان يتجه نحو العقيدة وتقويم الخلق . وباقيه نزل بالمدينة ويتضمن آيات الأحكام .

كتابة القرآن وجمعه

كان محمد عليه السلام يجهل القراءة والكتابة يقول الله تعالى «وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك» حرص محمد على حفظ ما جاء به الوحى أولا فأولا مخافة نسيانه أو ضياعه وخاصة فى أول رسالته فجاءه الوحى بقول الله «.. لا تحرك به لسانك لتعجل به إنَّ علينا جمعه وقرآنه فإذا قرأناه فاتبع قرآنه ....» واستعان محمد الأمى بالكتَّاب من أصحابه ومنهم الخلفاء الأربعة ، وأبى بن كعب ، وزيد بن ثابت ، ومعاوية بن أبى سفيان ، والمغيرة بن شعبة والزبير بن العوام . وخالد بن الوليد . وكانوا يكتبون على سعف النخل ، والحجر الرقيق ، وما يتيسر لهم من العظام ، وتحفظ صورة فى بيت الرسول ويأخذ كل منهم لنفسه صورة وكان يشير عليهم الرسول بتدوينها على الوضع الذى عليه القرآن الآن .

مراعاة التيسير وعدم الحرج فى التشريع

الأحكام التى تناولها القرآن: قلنا من قبل إن القرآن جاء بالقواعد الكلية فلم يبين حكم كل جزئية حدثت أو ستحدث. وبهذا كان صالحا لكل زمان ومكان ينطبق على ما كان وما يمكن أن يكون وهذا من سر إعجازه، ومع هذا فروعى فيها دفع المشقة عن الناس ومنع الحرج فلم يكلفهم بما يشق عليهم مشقة تضيق بها صدورهم بل كان يسراً سهلا ليناً «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر»، «وما جعل عليكم فى الدين من حرج».

هذا ما نكتفى بتقديمه لكم هنا عن القرآن تاركين تفصيل الكلام من ناحية دلالته على الأحكام إلى علم أصول الفقه.

ثانيا — السنة

تعريف السنة

٤١ — **تعريف السنة**: يطلق علماء اللغة كلمة ســـنة ويريدون بها الطريقة ومن هذا قوله عليه السلام «من سن سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة، ومن سن سنة سيئة فعليه وزرها ووزر من عمل بها إلى يوم القيامة».

ويراد بالسنة هنا. ما صدر عن النبى صلى الله عليه وسلم غير القرآن مبينة له ومظهرة وهى إما أن تكون قولية وتسمى الحديث ينزل به الوحى لكن لا باللفظ والمعنى كما فى القرآن، وإنما بالمعنى فيعبر عنها النبى بلفظ من عنده وإما أن تكون السنة بفعل بفعله الرسول بعد تفكير واجتهاد ويتبعها المسلمون وتسمى سنة فعلية وقد تكون تقريراً لاجتهاد أصحابه وتسمى سنة تقرير. وهو فى كل هذا لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى.

حجيتها فى التشريع

حجيتها فى التشريع: أمرنا الله بطاعة الرسول «أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم» «ومن يطع الرسول فقد أطاع الله»، «وما آتاكم الرسول فخذوه...». ونحن إذ نتمسك بالسنة ونعمل بها إنما نتمسك بكتاب الله ونعمل به لأنها مبينة له ومفسرة. قيل لأحد الصحابة: لا تحدثونا إلا بالقرآن. فقال: والله لا نبغى بالقرآن بدلا، ولكن نريد من هو أعلم

منابه، ولم هذا . ألم يكن النبى فيما يصدر عنه من قول أو فعل أو تقرير يتلقاه عن الوحى « وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى » ، وقد روى عن حسان بن عطية أنه قال : « كان الوحى ينزل ويحضره جبريل بالسنة التى تفسر ذلك » .

ولذا نجد كل فرع له فى القرآن دليله منها. حتى أن بعض رجال الحديث بوبوا الحديث على أبواب الفقه ليسهل استخراج الدليل من الكتاب وما يوضحه من السنة فهى مبينة للمجمل منه ومع هذا فالسنة مصدر مستقل من مصادر التشريع فقد ثبت بها أحكام غير منصوص عليها فى القرآن مثل الأحاديث الواردة بمشروعية الشفعة وخيار الشرط إلى غير ذلك .

أقسام السنة مسند ومرسل

أقسام السنة وتفاوت الفقهاء فى الأخذ بها : ما روى عن الرسول إما أن يكون مسنداً أو مرسلا وبمعنى آخر إما أن يكون متصلا فى روايته أو منقطعاً ، والمسند — المتصل — إما أن يكون (١) متواتراً أى تواترت روايته عن جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب من زمن الرسول حتى تدوينه وهذا يفيد اليقين ، وهو حجة فيما ورد فيه والأخذ به محل اتفاق الفقهاء ، (٢) وإما أن يكون مشهوراً وهو ما كان من أخبار الآحاد فى القرن الأول ولم تتوافر فيه شروط التواتر ثم انتشر فى القرنين الثانى والثالث ونقله جماعة يؤمن تواطؤهم على الكذب وقد اتفق الفقهاء على الأخذ به واعتباره مصدراً تشريعياً ، وهو وإن لم يفد اليقين فإنه يفيد طمأنينة قوية . (٣) وإما أن يكون خبر آحاد وهو ما لم يبلغ حد التواتر أو الشهرة سواء رواه واحد أو أكثر من واحد . وهذا الذى يتفاوت الفقهاء فى الأخذ به كما يتفاوتون فى الأخذ بالحديث المرسل وهم فى ذلك على درجات كما سبق ذكره .

تفاوت الفقهاء فى الأخذ بخبر الواحد

كانت هذه هى مصادر التشريع الإسلامى فى عهد الرسول وهى كما علمت مصادر مستقلة بذاتها فى التشريع أما اجتهاد الرسول وأصحابه فى عهده فقد سبق الكلام عنه ، وبانتقال الرسول إلى دار البقاء انقضى عهد التشريع إذ تمت شريعة الله ووضعت كلياتها « اليوم أكملت لكم دينكم » .

الفصل الثانى

مصادر التشريع بعد عهد الرسول

غير الكتاب والسنة

متى يعتبر الحكم مجمعاً عليه

٤٢ — **الإجماع** : هو اتفاق كل مجتهدى الأمة الإسلامية فى عصر على حكم شرعى ، فلابد لتحققه من شيئين : أن يجمع المجتهدون فى الأمة على رأى ومن شروط المجتهد ألا يكون فاسقاً وعلى هذا لو أجمع غير المجتهدين على رأى لا يكون إجماعاً . الثانى أن يتفق جميع المجتهدين لا يشذ عنهم أحد كبرت درجته أم صغرت مادام يعتبر مجتهداً فلا يعتبر إجماعا إذا اتفق الخلفاء والمجتهدون من الصحابة على رأى وخالفهم مجتهد من التابعين الذين عاصروهم ولعل هذا ما دفع عمر بن الخطاب إلى تحريم مبارحة المدينة على كبار الصحابة ومجتهديهم إلى الأقطار التى دخلت فى الإسلام .

آراء الفقهاء فى الإجماع

والإجماع بهذا المعنى ليس محل اتفاق فالإمام مالك من الفقهاء اكتفى لتحقق الإجماع باتفاق مجتهدى أهل المدينة ، بينما يرى الشيعة أن الإجماع يتحقق باتفاق مجتهديهم وحدهم .

أنواعه

والاتفاق قد يكون كلامياً وهو الإجماع القولى ، وقد يكون بالعمل وهو الإجماع العملى ، وقد يكون بتكلم البعض أو عمله وسكوت الباقين على هذا بعد بلوغه إليهم ومضى مدة التأمل وهو الإجماع السكوتى .

ما يكون فيه الاجماع

والاجماع لا يكون إلا على حكم شرعى قابل للاجتهاد. أما إذا كان حكما غير دينى ، أو كان حكما دينياً غير اجتهادى كأحوال الآخرة وعلامات الساعة مما يعتمد فى معرفته على النقل فقط أو كان حكما دينيا اجتهاديا ثبت بدليل قطعى الدلالة والثبوت فإنه لا يكون محلا للاجتهاد ولا يصلح للإجماع .

الفقهاء وحجية الإجماع

رأى الفقهاء فى حجية الإجماع :اتفق جمهور المسلمين من الفقهاء على حجيته واعتباره دليلا من أدلة الأحكام الشرعية ، لم يخالف فى ذلك سوى بعض الخوراج إذ يرون أن الإجماع لا يمكن تحققه ولأن الله تعالى يقول : « فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول » فالله جعل المرجع إلى الكتاب والسنة فلا يصح أن يكون الاجماع مرجعاً شرعيا .

أما دليل حجية الإجماع فقوله عليه السلام « لاتجتمع أمتى على ضلالة » واستدلال من منع الأخذ بالإجماع مردود عليه. لأن الاجماع يستند فى صدوره إلى كتاب أو سنة أو قياس يرجع إلى أحدهما وإن كان هذا محل كلام بين علماء الأصول . وقالوا لو كان للإجماع سندما ذكر لكان السند هو الأصل لا الإجماع ، ومن يشترطون للاجماع سندا يرجع إليه قالوا إنه قد يكون ظاهرا معروفا وقد يكون غير ذلك . ومحل تفصيل كل هذا هو علم أصول الفقه .

القياس

القياس والمراد منه

٤٣ — تعريفه والمراد به : القياس إلحاق أمر لا نص فيه بآخر منصوص على حكمه ، وتطبيق حكمه عليه لاشتراكهما فى العلة التى شرع لأجلها الحكم . أو هو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تدرك باللغة ، والمراد بالقياس هو إظهار أن حكم الله فى الفرع هو حكمه فى الأصل . لأن الحكم يثبت فى الفرع ابتداء. ولا حكم إلا لله وهذا معنى قول الأصوليين إن القياس مظهر للحكم لا مثبت له .

فإذا اختلف المجتهدون فى حكم لاختلاف الأدلة فيه، واختلاف وجهات النظر فى فهمها وتأويلها ولم يرد فيه نص صريح ، ولم يسبق فيه إجماع من قبل قاسوا الأمور بأشباهها وألحقوا المثيل بمثيله وذلك مثل قياسهم النبيذ على الخمر فى التحريم لاشتراكهما فى علة التحريم التى هى الإسكار ، ولم يرد نص

فى النبيذ وقد ورد النص فى الخمر « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » .

آراء الفقهاء فى حجية القياس

حجية القياس : يرى جمهور فقهاء المسلمين أن القياس دليل من أدلة الأحكام وهو يفيد غلبة الظن ، فيكون حجة يجب العمل به وهم يتفاوتون فى درجة الأخذ به بين مضيق وموسع فالأحناف وهم من مدرسة أهل الرأى يتوسعون فى الأخذ به ويقدمونه على خبر الآحاد الغير مشهور من السنة ، وأما ابن حنبل وهو من مدرسة الحديث فهو لايلجأ إليه إلا للضرورة وعدم وجود دليل من السنة ولو ضعيفا وبينهما مالك والشافعى .

وهناك من الفقهاء من منع الأخذ به كداوود الأصفهانى وأتباعه ، وابن حزم وأصحابه الظاهرية ، وفريق من الشيعة ، وفريق من المعتزلة ولكل منهم وجهة ليس فى دراستنا ولا موضوعنا متسع لذكرها وبيانه وبيان شروط القياس ، والكلام عن العلة كل ذلك فى علم أصول الفقه .

الاستحسان

تعريف الاستحسان

٤٤ — **تعريفه** : هو العدول فى مسألة عن مثل ما حكم به فى أشباهها إلى خلافه لوجه هو أقوى . ويمكن أن يقال : إن الاستحسان هو العدول عن قياس وضحت علته إلى قياس خفيت علته . أو إلى دليل آخر من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو العرف .

رأى الفقهاء فيه

أكثر من أخذ بالاستحسان فى الاستدلال هم الأحناف ، وقد استعمله أيضاً بهذا المعنى المالكية وابن حنبل فكثيراً ما قالوا بجواز هذا الشىء استحساناً لاقياساً ، أو هذا الشىء محظور قياساً ومباح استحساناً أما الشافعى فقد أبطل الاستدلال به فروى عنه أنه قال « من استحسن فقد شرع » ومن المعروف أن التشريع ليس لغير الله ولعل الشافعى بنى هذا على أساس أن الاستحسان هو ما يتعقله المجتهد من غير دليل ، وعلى هذا اتجه بعض الأصوليين إلى رد الاستدلال به وعدوه من الأدلة الفاسدة التى لا يصح الاعتماد عليها .

وقد علمت ما وضحه كبار الأصوليين من الأحناف من أن الاستحسان قياس خفيت علته بالنسبة إلى قياس ظاهر . وعلى هذا فلا محل للخلاف .

ومع هذا فقد يرد الاستحسان فى قول الحنفية بمعنى آخر وهو كل دليل يخالف القياس الظاهر كعقد السلم — وهو بيع مبيع آجل بثمن عاجل — فإنه يخالف القاعدة المعروفة وهى بطلان بيع المعدوم فالقياس يقتضى بطلانه لكن نص الحديث أجازه . ومثل الإجماع على صحة الاستصناع .

وقد جاء فى كتاب المبسوط للسرخسى ج ١٠ ص ١٤٥ . « كان شيخنا الإمام يقول « الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس . وقيل الاستحسان طلب السهولة فى الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام ، وقيل الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة ، وقيل الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الرحمة وأخيراً هو « ترك العسر لليسر » وهو أصل فى الدين « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » قال عليه السلام «خير دينكم اليسر » وقال لعلى ومعاذ حين وجههما إلى اليمن «يسّرا ولا تعسرا ، قربا ولا تنفرا ». وقال «ألا إنّ هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق . ولا تبغضوا عباد الله عبادة الله فإن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى » .

ويقول السرخسى «القياس والاستحسان» فى الحقيقة قياسان أحدهما جلى ضعيف أثره فسمى قياسا والآخر خفى قوى أثره فسمى استحسانا أى قياسا مستحسنا والأصل فيه قوله تعالى « فبشر عبادى الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » والقرآن كله حسن ثم أمر باتباع الأحسن .

المصالح المرسلة

٤٥ — **التعريف** : المصالح المرسلة كما يقول المالكية، والاستصلاح كما يسميها الغزالى ، والمناسب المرسل الملائم كما يسميه الأصوليون وهى كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو إلى اعتبارها أو عدم اعتبارها . مع أن فى اعتبارها والأخذ بها جلب منفعة أو دفع مضرة : أو بمعنى آخر هى

تعريف المصالح المرسلة

المصالح التى يرجع معناها إلى اعتبار أمر مناسب لا يشهد له أصل معين من الشارع .

متى تعتبر دليلا مستقلا

وهذا الوصف إما أن يكون مناسبا لمصلحةضرورية فلا نزاع فى جواز التعليل به واعتباره دليلا وإن خالف نصامعينا ، وقد مثل الغزالى لهذا بقوله «كفار تترسوا بجماعة من أسرى المسلمين . فلو كففناعنهم لصدمونا وغلبونا على دار الاسلام وقتلوا كافة المسلمين ، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلما معصوما لم يذنب ذنبا وهذا لا عهد به فى الشرع ، ولو كففنا لسلطنا الكفار على جميع المسلمين فيقتلونهم ثم يقتلون الأسرى أيضا . فيجوز أن نرمى هذا الترس حفظا لسائر المسلمين . وقتل من لم يذنب لم يشهد له أصل معين . وقد دعى إلى هذا مصلحة لم تؤخذ بطريق القياس على أصل معين .

أما إن كان مناسبا لمصلحة الضرورة فيها ليست بكلية فلا يجوز الحكم على أساس المصالح المرسلة من غير أن يعضدها أصل آخر فمثلا إذا تترس الأعداء داخل قلعة بمسلم فلا يحل رمى الترس إذ لا ضرورة إلى فتح القلعة

عمل الصحابة بها

وقد عمل بها كثير من الرعيل الأول من صحابة الرسول وتابعيهم ، ومجتهدى العصر الأول . فقد أولوا بعض النصوص وصرفوها عن ظاهرها وأهملوا القياس فى سبيل جعل الحكم يحقق هذه المصالح المرسلة رعاية للمصلحة العامة . وما موقف عمر لحد السرقة عام المجاعة ببعيد .

العرف والعادة

العرف والعادة

٤٦ — **العرف والعادة** : هما بمعنى واحد (١) : يقول صاحب المستصفى العادة والعرف ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول» أو ما يعتاده الناس ذوو الطباع السليمة من أهل قطر إسلامى بشرط ألا يخالف نصاً شرعياً .

---

(١) راجع رسالة نشر العرف لابن عابدين وراجع أيضاً المستصفى وراجع الرأى فى الفقه الإسلامى رسالة دكتوراه الدكتور مختار القاضى ص ٢٣٧

أقسام العرف

والعرف قولى كتقييد لفظ دابة بذوات الأربع كالفرس والبقرة مع أن الأصل اللغوى لها أنها وضعت لكل ما يدب على الأرض.

ويكون العرف عملى. وهو ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه فى معاملاتهم، وتصرفاتهم وهذا قد يكون عرفاً عاماً أو عرفاً خاصاً يتعارف عليه أرباب حرفة أو بلد معين.

شروط الأخذ بالعرف

٤٧ — متى يصلح العرف لبناء الحكم عليه : يشترط فى العرف ليبنى عليه الحكم أن يكون مطرداً أو غالباً(١) وألا يكون العرف مخالفاً لما اشترطه أحد المتعاقدين، وأن يكون سابقاً ومقارناً لزمن التعاقد، وألا يخالف نصا من الكتاب أو السنة لأن النص الشرعى حجة على العامة بخلاف العرف فحجيته إنما هى على من تعارفوا عليه فقط.

لكن إذا كان النص الشرعى مبنيا على عرف الناس وعاداتهم وقت صدوره بمعنى أن يكون النص ورد مقررا للعرف السائد ثم تغير العرف بعد ذلك فإن أبا يوسف من الأحناف يعتبر العرف الطارىء لا العرف الذى جاء النص مقرا له. لكن الإمام أبا حنيفة ومحمدا لا يعتبران هذا العرف الطارىء. فمثلا قد نص الشارع على أن البر والتمر والملح من المكيلات فإذا تغير العرف وأصبحت من الموزونات فهل يصح التعامل فيها بالوزن بهذا يقول أبو يوسف أما الإمام ومحمد فلا يجيزان ذلك ويعتبرانه ربا.

حجية العرف ودليله

٤٨ — العرف واتخاذه دليلا على الأحكام: فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلافهم متفقون على اعتبار العرف بصفة عامة دليلا يرجع إليه لمعرفة الأحكام الفقهية إذا أعوزهم النص الشرعى من الكتاب والسنة، ومن هذا عبارات الفقهاء الكثيرة «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»، «المشروط عرفا كالمشروط شرعا»، «الثابت بالعرف كالثابت بالنص» واستدلوا على

---

(١) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم.

ذلك بقوله عليه السلام « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وبهذا يكون العرف قد ثبتت حجيته بالنص (١) ومن الفقهاء من استدل على حجية العرف بقوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف» ، وقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

وعلى كل فالعرف حجة على من تعارفوا عليه يمكن أن يتخلف به الأثر ويتخلف من أجله القياس وقد يتخلف من أجله النص عند أبي يوسف إذا كان أساسه عرفاً سابقاً غير هذا .

وبعد فمصادر الفقه الإسلامى موضع دراستها التفصيلية هي مادة أصول الفقه وقد أشرنا إلى هذه المصادر بما يقتضيه الحال بل إن هناك غير ما ذكر أموراً ذكرها الأصوليون لم نذكرها ، منها الاستصحاب وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يرد ناسخ ،ومذهب الصحابى،وسد الذرائع إلى غير ذلك فارجع إليه إن شئت فى كتب الأصول .

ويهمنا أن نختتم الكتابة عن مصادر الفقه بما روى عن أبى حنيفة «علمنا هذا رأى وهو أحسن ما قدرنا عليه . فمن أتانا بخير منه قبلناه »

---

(١) راجع فى هذا فتح القدير ج ٦ ص ١٥٧ والبدائع ج ٥ ، والمبسوط ج ١٢ ص ١٣٨ .

الكتاب الثاني

الاموال وطرق تملكها

"سؤال واحد"

القسم الأول

الامـــــوال

الفصل الأول

المال وأقسامه

٤٩ — ماهو المال :

تعريف المال في نظر اللغة

المال عند علماء اللغة : ما ملكته من كل شيء كما جاء في القاموس ويقول ابن الأثير « كان المال في الأصل خاصا بالذهب والفضة . ثم أطلق على كل مايقتنى ويملك من الأعيان » ، وعلى هذا فكل ما لم يكن مملوكا فعلا لا يعتبره أهل اللغة مالا .

في الفقه الإسلامي

أما علماء الفقه الإسلامي . فيعرفون المال بأنه كل ما يمكن تملكه والانتفاع به في العادة . هذا وإن اتفق الفقهاء على هذا التعريف إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم في معنى التملك ، فيرى الأحناف أنه لا يتحقق إلا بالإحراز الفعلي للشيء نفسه ، ولذلك يعرفونه بأنه ما يمكن إحرازه وادخاره لوقت الحاجة (١) ويرى غيرهم أن التملك يتحقق بإحراز الشيء ولو تبعا أي بحيازة أصله ولذا تجدهم يعرفون المال بأنه « ما يجري فيه البذل والمنع » وسيظهر لك أثر هذا الخلاف حينما نتكلم في الفصل الثاني عن مالية المنافع .

وعلى كل فهم لا يشترطون أن يكون الشيء مملوكا فعلا ليكون مالا كما يقول علماء اللغة بل يكفي أن يكون الشيء قابلا للتملك . . . فالطير في الهواء والسمك في الماء ، والغزال في الصحراء ، والماء في مجرى النهر ، والهواء

---

(١) راجع كشف الأسرار للبزودي . جـ ١ ص ١٧٢ .

فى الفضاء ، كل هذه الأشياء تعتبر مالا عند الفقهاء لأنه يمكن تملكها باصطيادها أو بتعبئتها داخل الأوانى والأنابيب .

كما يكفى لاعتبار الشىء مالا عندهم مجرد إمكان تملكه وإنما لابد أن يكون قابلا للانتفاع به فعلا ليمكن اعتباره مالا . فإذا كان لاينتفع به كقطرة من الماء أو حبة من القمح أو الأرز أو قصاصة من الورق ممزقة وملقاة فإنها لا تعتبر مالا فى نظر الفقهاء رغم حيازتها أو إمكان حيازتها ، مع أنها مع غيرها من قطرات الماء وحبات القمح والأرز مال ، وقد زالت عنها ماليتها بعد أن زالت منفعتها المعتادة. مع أن هذه الأشياء تعتبر فى نظر اللغويين مالا مادام قد أصبح لها مالك فعلا .

ومع كل هذا فالفقهاء لا يعتبرون كل ما أمكن حيازته والانتفاع به مالا ، وإنما اشترطوا شرطاً ثالثاً وهو أن تكون هذه المنفعة أجازها الشارع على وجه ما وقت السعة والاختيار لاوقت الضرورة والإكراه إذ الأحكام إنما تبنى دائماً على ما يكون معتاداً للناس فى حالاتهم العادية ، وعلى ما يقع منهم من غير أن يكونوا واقعين تحت تأثير ضغط أو ضرورة . إذ الضرورات تبيح المحظورات فلا تبنى عليها القواعد والأحكام ، وعلى هذا فلحم الميتة وشحمها (١) لايعتبران مالا فى نظر رجال الفقه رغم أنه يمكن حيازتها والانتفاع بها فعلا إذ قد أباح الشارع أن يتناول منها الإنسان عند الضرورة مقدار ما يدفع به هلاكه . لكن إباحة الانتفاع بها لم يكن فى الأوقات المعتادة ، وإنما كان وليد الضرورة الملحة والحاجة الشديدة .

وعلى أساس ما تقدم فكل مالا يمكن تملكه — لا يعتبر مالا حتى مع الانتفاع به على وجه يرتضيه الشارع حال السعة والاختيار . ويتفق الفقهاء واللغويون فى عدم اعتبار ماليته لأنه لا يمكن حيازته وبالتالى فهو غير مملوك فعلا . فالعلم والصحة والشرف وحرارة الشمس وضوء القمر كلها

---

(١) أما صوفها وجلدها وعظمها فهى من الاموال إذ يمكن حيازتها والانتفاع بها وذلك بعد تطهيرها .

ليست بأموال لأنه لا يمكن تملكها وإن كان ينتفع بها عادة .

هذا هو المال فى نظر علماء الفقه واللغة .

المال فى القانون

اما فى نظر القانون المدنى الجديد فالمال هو الحق المالى سواء أكان عينيا أم معنويا أم شخصيا بعد أن كان المال فى نظر القانون المدنى القديم ومعظم التشريعات الأجنبية يعرف بأنه الشيء أو بأنه الحق (١)

أقسام المال

أقسام المال

٥٠ — ينقسم المال الى متقوم وغير متقوم :

متقوم وغير متقوم

١ — فالمتقوم هو ما كان محرزاً فعلا ومحلا لانتفاع معتاد حال السعة والاختيار وهذا النوع اذا تعدى عليه شخص آخر وأتلفه ضمنه بقيمته إن كان قيميا وبمثله إن كان مثليا ، ويصلح أن يكون محلا للمعاوضات المالية ، فالأرض والدور والدابة والسيارة والكتاب والطعام وكل مال مملوك فعلا يعتبر مالا متقوما .

٢ — غير المتقوم : هو المال الذى لم يكن مملوكا لأحد كالسمك فى الماء والطير فى الهواء ، والغزال فى الصحراء ، أو كان مملوكا فعلا لكنه لا ينتفع به عادة على وجه يرتضيه الشارع ويجيزه حال السعة والإختيار كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم لأن الدين الإسلامى قد حرمهما . يقول الله تعالى « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » . ويقول « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير . . الآية » فهما بالنسبة للمسلم الذى اتبع تعاليم القرآن من الأموال غير المتقومة لأن الانتفاع بهما فى وقت العادة

(١) راجع نظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامى مدكور ص ١٧١ وفيه « أن القانون المدنى الجديد لم يسلم من الوقوع فيما أراد أن يتحاشاه فالمادة ٨٧ منه تقضى باعتبار العقارات والمنقولات التى للدولة أموالا عامة وكان منطق التفرقة يقضى باعتبارها أشياء عامة .

لا يرتضيه الإسلام ولا يجيزه . بينما هما بالنسبة لغير المسلمين يعتبران مالاً متقوما ما داموا يعتقدون صحة التعامل والانتفاع بهما فى العادة .

ولما أمرنا الشارع أن نترك أهل الذمة وما يدينون فوجب علينا أن نعترف لهم بتقومها فى ملكيتهم بحيث لو تعدى عليها شخص بالإتلاف ضمن قيمتها إن كانت قيمية أو مثلها إن كانت مثلية سواء أكان المتلف مسلما أم غير مسلم إذ القيمة فى التقوم وعدمه فى هذه الحالة بمالكه (١) ، وبهذا نتبين أن المال قد يكون متقوماً وغير متقوم فى آن واحد تبعاً لمالكه وحكم الشرع .

ولعل تعريف الفقهاء للمال هو الذى أوجد هذين القسمين . أما على أساس تعريف اللغويين للمال فلا وجود ولا أثر لهذين القسمين لأن المال عندهم كما قلنا لا بد فيه من الحيازة الفعلية ولم يشترطوا شيئا فيه غير ذلك . وأما عند رجال القانون فإن المادة ٨١ جاء فيها ما يفيد أن هناك بعض الأشياء لا تصلح أن تكون محلا للحقوق المالية . لأنها تخرج عن التعامل بطبيعتها وهى التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها أو لأن القانون يمنع أن تكون محلا للحقوق المالية « الفقرة الثانية » وما عدا ذلك فإنه يصح أن يكون محلا للحقوق المالية « الفقرة الأولى » وهم فى هذا التقسيم بعيدون كل البعد عن الذى يقصده الفقهاء من المتقوم وغير المتقوم.

أقسام المال من ناحية الاستقرار وعدمه

٥١ — وينقسم من ناحية الاستقرار وعدمه إلى عقار ومنقول :

العقار عند الأحناف ومن معهم

١ — **العقار** : مالا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر وهو الأرض مطلقاً سواء أكانت أرضاً معدة للزراعة أو للبناء أو كانت فضاء . هذا هو العقار عند غير المالكية من الفقهاء ومنهم الأحناف .

أما المالكية فقد زادوا على التعريف فقرة أخرى فعرفوا العقار

(١) الشافعية لا يرون ذلك ولا يعتبرون لها قيمة لأن لهم ما لنا وعليهم ما علينا .

بأنه : ماله أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى مكان آخر مع بقاء هيئته وشكله .

العقار عند مالك

ينتج من هذا أن البناء والشجر والنخل عقار عند مالك إذ البناء حينما ينقل من مكانه لا يبقى على شكله وصورته بل يصير أنقاضاً . والشجر الذى له أصل ثابت مستقر فعند تحويله وقطعه يكون أخشاباً لا شجراً ، لكن هذا كله عند غير المالكية يعتبر منقولا إذ العقار عندهم لا يكون إلا الأرض فقط إذ هى التى لا يمكن نقلها وتحويلها من مكان لآخر .

المنقول عند غير المالكية

(٢) المنقول : هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر فيشمل كل شىء غير الأرض من بناء وشجر وزرع وسفن وحيوان ومكيل وموزون وكل ما يمكن نقله من مكانه على أى وجه كان بحالته التى هو عليها أم بغير حالته .

عند المالكية

لكن يستتبع تعريف العقار عند المالكية أن يكون المنقول عندهم ما أمكن نقله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله أى بحالته التى هو عليها كالسيارة والدابة وكل مال مستقل بذاته غير متصل بالأرض اتصال استقرار ودوام فيكون العقار عند المالكية أعم من العقار عند الأحناف لأنه يشمل الأرض والبناء والشجر بل وألحق بعض فقهاء المالكية السفن بالعقار لأنها يمكن سكناها والاستقرار فيها فأعطوها حكم الدار .

وعلى هذا فالمنقول عند الأحناف ومن معهم أعم منه عند المالكية لأنه يشمل عندهم الحيوان والمكيل والموزون كما يشمل البناء والشجر والسفن بينما العقار عند المالكية أعم منه عند غيرهم لأنه يشمل الأرض وكل ما يتغير شكله عند نقله من مكان لآخر .

هذا وإن كانت نظرة الأحناف لها وجاهتها لأنهم ينظرون إلى العقار بأنه ثابت مستقر غير قابل للزوال مابقيت الحياة . فإن نظرة المالكية أكثر تعقلا لأن العمائر الشامخة والقصور التليدة لا يستسيغ الإنسان أن يعتبرها كالكرة والسيارة .

وقد اتجه المشرع الوضعى فى التقنين إلى ما ذهب إليه الإمام مالك

وتوسع فى فهم العقار . راجع مادتى « ٨٢ ، ٨٣ » من القانون المدنى ١٣١ سنة ١٩٤٨ .

أثر الخلاف بينهم

أثر هذا الخلاف فى فهم العقار والمنقول أو فى مايدل عليه كل منهما يظهر فى كثير من الأمور ، فالشفعة تثبت فى العقار عندهما « الأحناف ، والمالكية » (١) وكذا العقار متفق على جواز وقفه فى الفقه الاسلامى دون المنقول خلافا للبعض ممن أجاز وقفه (٢) ويجوز أن يتصرف مشترى العقار فيه بالبيع قبل أن يتسلمه بخلاف المنقول فلا يجوز ذلك إلا إذ كان تابعاً للعقار ، ويجوز لوصى القاصر أن يبيع ماله من منقول للمصلحة التى يراها أما العقار فليس للوصى التصرف فيه بالبيع إلا لمسوغ شرعى كبيعه لوفاء دين وتباع منقولات المدين أولا ويبقى العقار حتى تنتهى جميع المنقولات ، ويجوز بيع العقار قبل قبضه، ولا يجوز ذلك فى المنقول فما هو العقار ؟ وما هو المنقول ؟ من هذا تظهر فائدة تقسيم المال إلى عقار ومنقول كما يظهر أثر التفاوت بين الفقهاء فى فهم العقار وفهم المنقول .

أقسام المال من ناحية تماثل أجزائه

٥٢ — أقسام المال من ناحية تماثل أجزائه وعدمه :

وينقسم المال بعد ذلك من ناحية تماثله وعدم تماثله إلى مثلى ، وقيمى . لأن المال قد لاتتفاوت أحاده تفاوتا يعتد به وتوجد له نظائر فى الأسواق أو تتفاوت أحاده وليس له نظير فى الأسواق .

المثلى

المثلى : مالا تتفاوت أحاده تفاوتا يعتد به وتوجد له نظائر فى الأسواق والمثليات . كل ما يقدر بالوزن كالذهب والفضة ، وما يقدر بالكيل . كالحبوب والزيوت ، وما يقدر بالعد المتقارب الآحاد كالبرتقال والبيض

---

(١) أما الدور فان الشفعة تثبت فيها عند الأحناف إذا كانت تابعة للأرض وبيعت معها فلا شفعة عندهم فى البناء إذا بيع دون الأرض . بأن كانت الأرض حكرا وبيع ما عليها من بناء خلافا لمالك لأن البناء عندهم عقار .

(٢) الأحناف يمنعون وقف المنقول إلا إذا كان تابعا للعقار كمن يقف ضيعة بما عليها ، أو يكون جرى العرف بوقفه . كوقف الكتب ، أو يكون نقل وقفه من فعل السلف الصالح كوقف السلاح والخيل — وإن كان القانون الجديد أجاز وقف المنقول . وأصبح أخيرا لا وقف إلا على جهات الخير .

والخوخ ما دامت كلها من نوع وحجم واحد ، ومن المثليات أيضاً عروض التجارة المتحدة الجنس كالنسخة من كتاب طبع منه نسخ على ورق واحد، فى طبعة واحدة وكالأقمشة إذا أخذت مترا من قماش معين من تاجر وعنده منه الكثير ، وكذا كالآنية مادامت الأجزاء والآحاد متماثلة ، وكل ما تمت صناعته بواسطة الآلة وكان من نوع واحد لعدم تفاوت أجزائه ووحداته .

العرف وأثره فى المثليات

وقد يتدخل العرف فيجعل الموزون مكيلا كما يحدث بالنسبة للأسمدة والبلح فى الريف والعكس كالحبوب والزيوت . كما يصح أن يتدخل العرف أيضا فيجعل المعدود موزونا كالبرتقال والعكس كالحلوى فى بعض أصنافها إذ العبرة عند أبى يوسف بالعرف الطارىء الذى كان موجودا ومستقرا عند التعامل . إذا كان هناك نص شرعى ورد مقررا للعرف الذى كان متعارفا وقت صدور النص . وفى هذا توسعة للناس فى معاملاتهم بخلاف ما ذهب إليه الإمام وصاحبه محمد من عدم جواز ذلك لأن ماجاء به النص يجب بقاءه على ما هو عليه .

القيمى

القيمى : ماتفاوتت أحاده تفاوتا يعتد به ، أو لم تتفاوت ولكن انعدمت نظائره من الأسواق ، وهو كما يكون فى المنقول يكون فى العقار ، فالأرض والبناء من القيميات ، والحيوانات متغايرة الجنس أو متحدة ، والعدديات المتفاوتة تفاوتا لا يغتفر فى الحجم أو النوع ومنها عروض التجارة المختلفة الجنس كلها من القيميات .

وفوق كل هذا فجميع المثليات يمكن اعتبارها من القيميات إذا انعدمت من السوق وأصبح لا يوجد لها مثيل فى المتاجر .

العرف وأثره فى القيمى

ومن الممكن أن يتدخل العامل الزمنى فيجعل القيمى مثليا . فقد كان قديما تنسج الأقمشة على الأنوال اليدوية ويترتب على ذلك اختلافها فى الدقة والعناية مترا فمترا ، وكذا كانت الجوارب تشغل باليد فكانت تختلف فى صناعتها ونظافتها ولذا كانت تعتبر قيمية وكذا الكتب كانت قبل الطباعة

تكتب بخط اليد والخطوط مختلفة بين رديئة وجميلة وبين كاتب مدقق لا يخطىء وكاتب غير مدقق بل تختلف وإن كان الكاتب شخصاً واحدا لأن مقدرته على الضبط والعناية تختلف باختلاف الوقت واختلاف مجهوده أما الآن وبعد اختراع آلات النسيج والطباعة وغيرها من الآلات فقد أمكن أن تخرج الآلة من نوع القماش المتحد الأجزاء والوحدات وكذا من الكتاب الواحد الغير المختلف فى أى شىء آلاف القطع والنسخ . ولذا أصبحت فى هذا العصر مثلية بعد أن كانت لا تكون إلا قيمية . وقد لاحظ ذلك المشرع الوضعى فى المادة ٨٥ من القانون المدنى المصرى .

ويظهر أثر كل من المثلى والقيمى عند التعامل فى أمور منها :

أثر المثلى والقيمى عند التعامل

(١) المثلى إذا ما عين بأوصافه ثبت ديناً فى الذمة فإذا تعدى عليه أحد ضمن المتعدى مثله لا قيمته حتى لا يضار صاحبه بخلاف ما إذا عين بالإشارة إليه أو ما يقوم مقامها فإنه يتعين بذاته فى هذه الحالة .

أما القيمى فإنه لا يثبت غالباً ديناً فى الذمة ويتعين بما يعينه من إشارة وغيرها . فإذا حدث التعاقد بالبيع بين شخصين أحدهما يملك أغناماً والآخر يملك حبوباً فباع الأول للثانى شاة بأردب من القمح يثبت فى ذمة الآخر إذا لم يكن القمح حاضرا .

(٢) المثلى يصح أن يكون ثمناً لأنه متعين معروف ويصلح أن يكون دينا فى الذمة بخلاف القيمى فلا يمكن أن يكون ثمنا لأنه لا يصلح أن يكون دينا فى الذمة .

(٣) المثلى يضمن عند التعدى عليه بمثله لوجوده فى الأسواق من غير تفاوت يعتد به فى أحاده بخلاف القيمى فأنه إذا تعدى عليه أحد وأهلكه فأنه يضمنه بقيمته لانعدام مثيله إذ أحاده متفاوتة .

بقى أن نذكر لك هنا أن هناك فرقا بين القيمى والمتقوم إذ الثانى أعم من الأول فالمتقوم يكون قيميا كما يكون مثليا فإذا أتلف إنسان مالا متقوما لآخر ضمنه بقيمته إن كان قيميا وبمثله إن كان مثليا . أما القيمى فلا يضمن إلا بالقيمة .

الفصل الثانى

المنـــافع

عرفنا المال عند الفقهاء . وبينا أقسامه ، وتكلمنا عن الخلاف الذى بين الفقهاء فى تعريفهم للمال وقولهم هو كل ما يمكن تملكه . فهل لا بد من الإحراز الفعلى للشىء نفسه كى يعتبر مالا أم يكفى أن يحرز تبعاً لإحراز شىء آخر ، ويظهر أثر هذا واضحا فى المنافع وماليتها .

تعريف المنافع

٥٣ — تعريف المنافع : المنافع جمع منفعة فمن يستأجر دارا لسكناه فإنه ينتفع بالسكنى ، ومن يستأجر سيارة عامة أو خاصة فإنما ينتفع بركوبها ومن يستعير كتابا يقرؤه فإنما ينتفع بقراءته ومن يعتدى على جريدة غيره فيقرؤها دون استئذانه فإنه انتفع بقراءتها ، ومن يستأجر مقعدا فى مسرح أو « سينما » ليشاهد تمثيلية فإنه انتفع بمشاهدته لها . فكل هذه الفوائد تسمى بالمنافع لا شك فى هذا . فالمنافع كل ما يستفاد من الأشياء

لكن هل ما ينتج من الدابة مثلا كلبنها وولدها ، وما ينتج من الشجرة مثلا من ثمار ، وما يخرج من الأرض من محاصيل ، والأجرة التى يدفعها الشخص نظير استغلاله لشىء وانتفاعه به يسمى منفعة أيضا من منافع الدابة والشجرة والأرض إلى غير ذلك أم لا يسمى منفعة ؟

الفرق بين المنفعة والغلة

فى الواقع أن الفقهاء يفرقون بين النوعين . ويطلقون كلمة منفعة على النوع الأول فقط أى على الفائدة العرضية ، أما النوع الآخر الذى تكون الفائدة فيه مادية فهم يطلقون عليه لفظ غلة لا منفعة . والفرق بين الفائدتين واضح . إذ الفائدة العرضية لا يمكن إحرازها بنفسها بخلاف الفائدة المادية فانه يمكن حيازتها وإحرازها نفسها وفوق ذلك فالغلة أو الفائدة المادية أموال باتفاق الفقهاء إذ هى جوهر لا عرض وتضمن عند إتلافها أو التعدى

عليها أو اغتصابها بمثلها إن كانت مثلية ، وقيمتها إن كانت قيمية .

رأى الأحناف في مالية المنافع

٥٤ — **مالية المنافع** : الأحناف الذين يرون أن المال هو ما أمكن إحرازه وادخاره لوقت الحاجة لا يعتبرون المنفعة مالا . إذ هي أعراض تحدث عند طلبها واكتسابها ساعة فساعة ، وهي قبل طلبها واكتسابها منعدمة لاوجود لها ، ومع هذا فهي لا بقاء لها إذ تنعدم حين توجد، وتتجدد مع الزمن . فهي لهذا لايمكن أن تكون محلا للحيازة والإحراز والادخار إذ لايمكن تحقق إحراز ما يدخر إلا في الأشياء المادية فقط والمنافع كما علمت أعراض لا ماديات ، والحيازة نفسها عمل حسي فلا يمكن مع هذا أن يتحقق الاحراز والادخار في المنافع لأنها أعراض .

باقي الفقهاء ومالية المنفعة

لكن غير الأحناف من الفقهاء يرون أن المالية تتحقق في كل مايمكن تملكه والانتفاع به عادة ، والإنسان إنما يتملك المنفعة لا شك في هذا ولا خلاف ، ولذا قالوا إن كل ما يجرى فيه البذل والمنع يعتبر مالا ، والمنفعة يتحقق فيها البذل والمنع إذ من الممكن أن تعطى سيارتك أو دارك أو كتابك لآخر لينتفع بها مدة من الزمن ، كما يمكنك أن تمنع منفعة هذه الأشياء عن الغير ، وقالوا إن الأعيان إنما تبتغى وتقتنى طلبا لمنافعها ، وكلما كانت منفعة الشيء أكثر كان الإقبال عليه والرغبة فيه أشد وآكد ، ومع هذا فقالوا إن حيازة المنافع متحققة أيضاً إذ هي تحاز تبعاً لحيازة أصلها ومصدرها . فالمنافع لاتوجد إلا محازة بسبب حيازة محلها .

[redacted] حرارة الشمس وضوء القمر يمكن الانتفاع بهما فهل هي أموال عندهم ؟ لايقال ذلك لأن الشمس والقمر لايمكن تملكهما وقلنا إن المال هو ما أمكن تملكه . . . باتفاق الفقهاء .

ونحن إذا حكمنا العرف في هذا لوجدناه يناقض الأحناف ويناصر الآخرين . فالناس جميعاً قد تعارفوا على أن المنافع تعتبر من الأموال . ألا يرى أنها تقابل في عقود الاجارة بالمال ، وقد تعارف الناس على ذلك

العرف يقضى بمالية المنافع

حتى قبل الاسلام ، وقد جاء فى القرآن ما يؤيد اعتبار المنفعة مالا ، فهذه قصة زواج موسى من إحدى بنتى شعيب عليهما السلام نظير أن يقوم بخدمته مدة معينة ، وهذه الخدمة ما هى إلا منفعة ، أو بمعنى آخر فائدة عرضية. يقول الله تعالى « قال إنى أريد أن أنكحك أحدى ابنتى هاتين على أن تؤجرنى ثمانى حجج فإن أتممت عشراً فمن عندك » ولا شك فى أن المهر يكون مالا فلو لم تكن المنفعة مالا ما صح العقد.

تقوم المنفعة

٥٥ — **تقوُّم المنافع** : أما غير الأحناف فقد علمت أنهم يعتبرون المنافع من الأموال ، وأنها لا تكون ولا توجد إلا محرزة بسبب إحراز أصلها ، وما دامت تعتبر محرزة كذلك فهى متقومة .

أما الأحناف ، فقد عرفت أنهم لا يرون المنافع أموالا البتة فبالتالى لا كلام لهم فى تقومها اللهم إلا ما يؤيد نفى ماليتها ونفى تقومها بالتالى . فيقولون : إن المنافع ما دامت لا تقبل الحيازة بنفسها فلا يمكن وصفها بالتقوم ، لأن التقوم ناشىء من الإحراز والحيازة فلا يوجد التقوم إلا إذا وجدت الحيازة . وهى لا يمكن وجودها بنفسها لأن المنافع أعراض فلا يمكن أن تكون مالا ولا يمكن بالتالى أن تقوم .

ويتفرع على مذهب الأحناف أن من فوت على أخر منفعة شىء يملكه وانتفع هو به أو لم ينتفع فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد على مال ، وبالتالى لم يتعد على شىء متقوم فإذا أخذت سيارة آخر وحجزتها عن انتفاع صاحبها بها مدة من الزمن وقد أعدتها إليه سليمة من غير أن تحدث بها أي تلف أو نقصان فلا ضمان عليك سواء انتفعت بها فى هذه الفترة أم لم تنتفع ، وكذا إذا حبست صانعا ومنعته عن مباشرة عمله أو انتفعت بخبرته فى صناعة شىء لك بالإكراه فلا ضمان لأنك لم تتعد على مال ، وإذا تلفت السيارة فى يد الغاصب أو أصيب الصانع بضرر فى جسمه فإن الغاصب والحابس يضمن قيمة الإتلاف فقط دون إلزامه بأجر للمنفعة .

ما استثناه الأحناف من قاعدتهم

هذه هى نظرة الأحناف وتلك هى قاعدتهم بالنسبة للمنافع من ناحية ماليتها وتقومها ، ولعلهم قد أحسوا بشىء من الحرج والتضييق على

الناس فى معاملاتهم عند تطبيق قاعدتهم فاستثنوا منها ثلاث مسائل بطريق الاستحسان ، واعتبروا المنافع فيها متقومة فى نفسها ، وألزموا من ينتفع بها ضمان منافعها وأجر مثلها عن المدة التى انتفع بها ، وهذه الأشياء المستثناة :

— ١ — ما أعد للاستغلال

١ — الأعيان المعدة للاستغلال : إذ يقولون إن مجرد إعدادها وعرضها للاستغلال يجعل إقدام المتعدي على الانتفاع بها إمارة قبول عرض استغلالها ويكون هذا بمثابة عقد إيجار سكوتى (١) كما فى عقود المعاطاة ، وتكون المنفعة هنا متقومة والذى قومها استنادها إلى العقد المفترض ، وبالتالى بالنسبة للمستأجر فإن المنفعة متقومة وقوبلت بالأجرة ، وفى الواقع إنهم يعتبرون العين نفسها قائمة مقام المنفعة (٢) .

— ٢ — مال اليتيم

٢ — مال اليتيم مطلقاً : لأن الله يقول « ويسئلونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير » ومن الإصلاح أن يعوض عن منفعة ماله ، وخصوصاً أن الذى يشرف على ماله ويقوم بإدارته شخص آخر غيره .

— ٣ — مال الوقف

٣ — مال الوقف : للمحافظة عليه أيضاً من الضياع ولأن القائم عليه شخص غير مالكه فألحق بمال الصغير لهذا وحرصاً على مصالح المستحقين

أثر الخلاف

٥٦ — **الأثر المترتب على خلاف الفقهاء** : لم يكن خلاف الفقهاء السابق ذكره مجرد جدل ومناقشة لفظية ولكن له آثار كبيرة أهمها : —

ضمانها

(١) المنافع لا تضمن عند الأحناف . فإذا منع شخص آخر عن الانتفاع بسيارته مثلا مدة لم يضمن له منفعتها كما بينا لانتفاء المماثلة الواجب مراعاتها عند الضمان إذ أنه لا يمكن اعتبارها من المثليات بداهة ، ولا من القيميات خلافا للآخرين فإنهم يرون تضمينه (٣) إذ المنافع أموال تضمن بقيمتها عند الإتلاف أو الغصب (٤) .

---

(١) ومثل هذه الاجارة تكون فاسدة لعدم ذكر المدة والأجر .

(٢) وقد بينا ذلك مفصلا فى كتابنا المال والالتزام فى الفقه الإسلامى ص ٣٤١ وما بعدها .

(٣) الإمام مالك يفرق بين ما إذا كان المقصود بالاعتداء العين نفسها أم المنافع فإن كان الأول ضمن المتعدى إن انتفع بها فعلا ، أما إذا حبسها من صاحبها ولم ينتفع =

المدين و المريض مرض الموت وتصرفاتهما فى المنافع

(٢) إن تصرفات المريض مرض المـوت ، والمدين بدين مستغرق فيما يتعلق بالمنـافع كلها نافذة ولا يملك الورثة أو الدائنون الاعتراض عليها سواء أكانت بالإعارة أم بالإجارة مع المحاباة لأنها منافع والمنافع ليست بأموال . ويرى الآخرون أنها أموال فيتعلق بها حق الدائنين والورثة ويحق لهم إبطالها شأنها شأن أى تصرف مالى له .

إرث المنفعة

(٣) المنفعة لاتورث عند الأحناف لأنها لا وجود لهـا بعد موت المورث حتى تدخل فى تركته لأنها تتجدد ساعة فساعة ، ولذا نجد الأحناف يرون أن الوفاة منهية لملك المنفعة سواء أكان طريق تملكها عقد إجارة أم عارية أم كانت وصية بالمنفعة (١) . بينما الآخرون يرون أنها تورث شأنها شأن الأعيان لماليتها وتقومها .

هذه هى آراء الفقهاء بالنسبة للمنافع من ناحية ماليتها وتقومها ، ولعل الأحناف فيما اتجهوا إليه كانوا نظريين أكثر منهم واقعيين ، ولعل فيما استثنوه من قاعدتهم مايدل على شعورهم بأن ماذهبوا إليه يضيق على الناس فى معاملاتهم ، ولذا نجد القانون المدنى قد أخذ بما اتجه إليه جمهور الفقهاء وإعتبر المنافع أموالا . لأنها تندرج تحت تعريفهم للمال « الحق ذو القيمة المالية سـواء أكان حقا عينيا أم كان حقا شخصيا أم كان حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية (٢) .

= بها فلا ضمان عليه أما إذا كان المقصود بالتعدى المنفعة فقط دون العين فان المتعدى يضمن ما فات على صاحبها من منفعة سواء انتفع أم لا . راجع فى هذا كتاب كشاف القناع ج ٢ ص ٣٤١ . وراجع مجلة القانون والاقتصاد السنة العشرين العددين ٤ ، ٥ فقـد كتب فضيلة الأستاذ الشيخ على الخفيف بحثاً قيما فى هذا الموضوع .

(٤) الأحناف لا يرون إمكان تحقق الغصب فى المنافع إذ الغصب فى نظرهم لا بد فيـه من رفع اليد المحقة التى كانت قائمة على العين ووضع اليد المبطلة وهذا يحتاج إلى بقاء المغصوب فترة من الزمن .

(١) وقد فصلنا هذا فى موضعه فى كتابنا الأموال والالتزام .

(٢) راجع شرح القانون المدنى للأستاذ الـكبير الدكتور كامل مرسى ج ٣ ص ١٣ ونظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامى مدكور .

الفصل الثالث

الحقـــوق

الحق فى اللغة

٥٧ – تعريف الحق : لهذه الكلمة فى لغة العرب عدة معانى ترجع كلها فى الواقع إلى الثبوت والوجوب . ومن هذا قوله تعالى « لقد حق القول على أكثرهم فهم لايؤمنـــون » أى ثبت ووجب عليهم ومنه قوله تعالى «ليحق الحق ويبطل الباطل » أى يثبت الحق ويظهره .

الحق فى القانون

ونظرة القانونيين لمعنى الحق لا تكاد تختلف عن هـذا المعنى . فقد قالوا «الحق فائدة مادية أو أدبية مقررة لشخص قبل غيره يحميها القانون» ، وهناك من عرفه « بأنه منفعة مصونة شرعاً » ، وهناك من قال « الحق بمعناه العام Droit هو الرخصة أو المكنة Faculté التى يقررها القانون لشخص معين بالنسبة لفعل معين ويقابله الواجب Devoir وهو الإلزام الذى يقرره القانون على شخص معين بالنسبة لفعل معين (١) » .

الحق فى الفقه الاسلامى

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فإنهم لم يبعدوا أيضا عن المعنى اللغوى فى فهمهم لكلمة الحق وكلامهم عنه ، ولذا لم نعثر لهم على تعريف خاص للحق وإنما يعمدون دائما إلى المعنى اللغوى . وقد جاء فى حاشية قمر الأقمار « الحق الموجود والمراد به هنا حكم يثبت . . » ولا شك أنه يقصد بقوله حكم ؛ أن الحق يثبت من قبل الشارع لأن هذا مفهوم كلمة حكم على لسان الشرعيين وبذا يمكن القول بأن الحق هو الحكم الذى قرره الشارع » (٢) .

ما يشمله الحق

٥٨ – ما يطلق عليه كلمة حق : والحق بهذا المعنى فى استعمال فقهاء

(١) راجع نظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامى مدكور .

(٢) راجع كتاب كفاية المتخصصين لفضيلة الأستاذ الكبير الشيخ فرج السنهورى .

الشريعة الإسلامية هو بمعنى الملك وشامل لكل أنواعه. فهو أعم من المال إذ يشمل الأعيان، والمنافع، والديون، والحقوق المطلقة: أما المال والمنافع فقد سبق بيانهما.

وأما الدَّين فقالوا إنه وصف ثابت فى الذمة يثبت به الحق فى المطالبة ومادام الدين وصفا لا عينا فهو فى الواقع لا يكون مالا وإن أطلقوا عليه ذلك أحيانا، وأعطوه بعض أحكام المال لأن الدين بعد القبض يصبح مالا.

وأما الحق المطلق أو كما يقال الحق إطلاقا فهو ما عدا ذلك من الحقوق مثل حق المرأة فى حبس نفسها عن الزوج حتى تستوفى عاجل صداقها وكحق الشفعة والخيارات إلى غير ذلك.

ما اشتهرت به كلة حق عند الفقهاء

٥٩ — **الحق بمعناه الخاص**: هذا هو المعنى العام لكلمة الحق فى نظر الفقهاء وهذا هو ما تشمله وقد اشتهر بينهم إطلاق الحق على ما عدا الأعيان والمنافع والدين أى الحق إطلاقا وكثر استعمالهم له بهذا المعنى، كما أنهم يطلقونه فى بعض الأحيان على معنى أخص من ذلك فيقصرونه على الحقوق العينية التى يطلق عليها «حقوق الارتفاق»، وبذا يكون لكلمة حق معنى عام وهو المرادف للملك ومعنى خاص وهو الحق إطلاقا وهو الذى اشتهرت به كلمة الحق بين الفقهاء فى استعمالاتهم، ومعنى أخص وهى حقوق الارتفاق. وسنتكلم هنا عن الحق بالمعنى الخاص. تاركين الكلام عنه بالمعنيين العام والأخص هنا وسنتناول ذلك عند الكلام عن الملكية.

٦٠ — **الحقوق مالية وغير مالية**:

— ١ — الحقوق المالية

١ — الحقوق المالية: وهى التى تتعلق بالمال وترتبط به وهى المشار إليها فى قول الرسول عليه السلام «من ترك مالا أو حقا فلورثته»، وهى كثيرة منها الاستحقاق فى الوقف بمعنى مجرد الاستحقاق لا نفس الغلة الناتجة، ومنها حق الشفعة، ومنها الخيارات، ومنها حقوق الارتفاق وسنبينها جميعها فى مواضعها، ومنها حق الغانم فى الغنيمة بعد إحرازها وقبل

قسمتها فالغانم ليس له قبل القسمة ملك حقيقى ، وإنما له حق فى أن يتملك ، ومنها عند بعض الفقهاء حق الوارث فى التركة قبل قسمتها : فهم يرون أن التركة كالغنيمة لا تملك إلا بالقسمة وليس للوارث قبلها إلا حق أن يتملك ومنها حق الموصَى له فى قبول الوصية أو ردها بعد موت الموصِى ، وحق الموصِى فى الرجوع عن وصيته ، ومنها حق الواقف فى الولاية على وقفه ونصب قُوَّامه وعزلهم .

— ٢ — الحقوق غير المالية

٢ — الحقوق غير المالية : هى التى لا تتعلق بالمال ولا ترتبط به . ومن أمثلتها: حق ولى المقتول فى القصاص وحقه فى العفو عنه ، وكحق أحد الزوجين إذا زوجه فضولى فى إجازة النكاح أو رده ، وكحق الزوجة المخيرة فى فسخ العقد أو إجازته ، وكحق المُعْتِق فى ولاء معتقه .

٦١ — الحقوق منها ما يؤول إلى مال أو يعتاض عنها بالمال ومنها ما ليس كذلك :

الحقوق التى يعتاض عنها بالمال

١ — الحقوق التى تؤول إلى مال أو يعتاض عنها به : وهذه هى التى تعارفنا اليوم على تسميتها بالحقوق المتقومة كحق القصاص الذى يصح الصلح فيه على مال فينقلب حق القصاص بالصلح إلى مال ، وكحق المتعة للزوج يصح الاعتياض عنه بمال كالخلع والطلاق على مال .

٢ — الحقوق التى لا يصح الاعتياض عنها بمال ولا تؤول إلى مال : وهذه مثل حق الشفعة وحق الخيار مثل الحق فى الوظائف المقررة فى الجهات الموقوف عليها كالتكايا والمدارس والمساجد وهو محل خلاف متأخرى الفقهاء .

الفرق بين الحقوق التى تؤول إلى المال والتى لا تؤول

هذا وقد فرق متقدمو فقهاء الحنفية بين هذين النوعين من الحق بقولهم إن الحق إذا كان متقرراً فى المحل الذى تعلق به صح الإعتياض عنه ، وإذا لم يكن متقررا فى المحل الذى تعلق به لا يصح الاعتياض عنه ، وقالوا إن الفاصل بين المتقرر وغيره أن ما تغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر ، وغيره غير متقرر . ففى القصاص مثلا كانت نفس القاتل مباحة فى حق من له

القصاص وبالصلح بينهما حصلت للقاتل العصمة فى دمه فكان القصاص حقا متقررا لأن محله وهى نفس القاتل يتغير حالها بزواله . أما فى الشـــفعة فإن المشترى يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقاً متقررا

لـكن متأخرى الأحناف جنحوا إلى معنى آخر فى التفرقة فقـالوا إنه لا يصح الاعتياض عن الحقوق التى أثبتهـا الشارع لدفع الضرر عن الذين تثبت لهم هذه الحقوق كحق الشفعة وحق الخيار لأن صاحب الحق لما رضى بإسقاط حقه كان ذلك دليلا على أنه لا يتضرر بذلك لذا فإنه لا يستحق شيئا أما الحقوق التى أثبتها الشارع لصاحبها أصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبها فانه يصح الاعتياض عنها كحق القصاص والنكاح والرق . أى أن المدار عنـــدهم على سبب ثبوت الحق فان كان سببه رفع الضرر لم يصح الاعتياض عنه متقررا كان أولا ، وإن كان الحق ثبت أصالة لا بقصد دفع الضرر صح الاعتياض عنه .

وفى الواقع أن ما قاله متقـــدمو الأحناف ومتأخروهم من تأويلات وتخريجات إنما دفعهم إلى ذلك وجود أحكام فرعية منقولة عن أئمة المذهب فأرادوا أن يضعوا قاعدة يفرقون بها بين ما وجدوا الحكم فيه أنه يصح أن يعتاض عنه بمال ومالا يصح . ولا تخلوا محاولاتهم هـذه من أن تـكون محل مناقشة ، والذى أعتقده أنه لا يصح اعتبار محاولاتهم هذه قاعدة تطبق على ما ورد فيه نص فقهى عن أئمة المذهب وما لم يرد ، وأنه لا بد من الرجوع فى كل حالة إلى حكمها الخاص .

— ١ — مايقبل الاسقاط

٦٢ – الحقوق التى تقبل الاسقاط والتى لا تقبله

(١) الحقوق التى تقبل الإسقاط : الأصل فى الحقوق أن تسقط بالإسقاط بخلاف الأعيان إلا إذا وجدت أسباب أخرى تمنع صاحب الحق من إسقاط حقه ومن أمثلة الحقوق التى تقبل الإسقاط حق الشفعة وحق خيار الشرط وحق خيار العيب إلى غير ذلك .

— ٢ — ما لا يقبل الاسقاط

(٢) الحقوق التى لا تسقط بالإسقاط : قلنا إن الأصل فى الحقوق أن تسقط بالإسقاط إلا إذا منع من ذلك مانع من الموانع الآتية :

(ا) لأنها لم توجد بعد

(ا) حقوق لا تقبل الإسقاط لأنها لم تجب بعد . مثل إسقاط الزوجة نفقتها المستقبلة التي لم يدخل وقتها ومثل إسقاط حق خيار الرؤية قبل الرؤية ومثل من يقول لآخر أسقطت كل حق خيار لى أشترطه فى البيع معك من الآن ومثل الولد الذى يقول أسقطت حق فى الاعتراض على وصية أبى حال حياته . كل هذا لا يسقط لأن الحق نفسه لم يوجد عند الاسقاط .

(ب) لأنه وصف لازم لصاحب الحـق

(ب) حقوق لا تسقط لأن الشارع اعتبرها وصفا ذاتيا لصاحبه لازما له لا ينفك عنه . مثل أسقاط الأب والجد حقهما فى الولاية على الصغير ومثل إسقاط المعتق حقه فى الولاء على معتقه فلا يسقط شىء من ذلك لأنهم أجمعوا على أن الولاية كالأوصاف الذاتية لا تسقط بأسقاط صاحبها ولا بسكوته عن اشتراطها حتى ولو اشترط نفيها من الأصل. وقد قال الإمام أبو يوسف إن ولاية الواقف على وقفه ثابتة له شرطها فى عقدة الوقف أو لم يشترطها حتى لو نفاها لأنها إنما تثبت له كأثر من آثار ملكه السابق فهى من الأوصاف الذاتية التى لا تسقط بالإسقاط .

(حـ) لأن الاسقاط فيه تغيير المشروع

حـ — حقوق لا تسقط لأن الإسقاط فيه تغيير للأوضاع الشرعية مثل إسقاط الواهب حقه فى الرجوع فى الهبة وإسقاط الموصى حقه فى الرجوع عن الوصية . وإسقاط المطلق رجعيا حقه فى الرجعة فكل هذا لا يسقط بالإسقاط فالمانع هنا أن الإسقاط فيه تغيير لحكم الشرع .

(د) لا تسقط لاشتراك حق الغير فيها

د — حقوق لا تسقط لأن للغير حقا فيها مثل إسقاط الحاضنة حقها فى الحضانة ، ومثل إسقاط المطلق حقه فى عدة مطلقته ومثل إسقاط المسروق منه والمقذوف فى حقه مثلا حد السرقة والقذف فإن شيئا من هذا لا يسقط بالإسقاط لأن للصغير المحضون حقا فى الحضانة وحق الصغير مقدم ولأن لله جل شأنه حقاً فى وجوب العدة وفى الحدود وحقه تعالى فيها أغلب من حق العبد فيقدم مراعاة للحق الأغلب (١) .

---

(١) راجع التلويح والتوضيح حـ ٣ ص ١٢٩ ، مرآة الأصول الركن الثالث ص ٣١٢ وما بعدها ففيها ما هو حق العبد خالصا وما هو حق الله خالصا وما هو مشترك بينهما وحق العبد غالب وما هو مشترك بينهما وحق الله غالب .

ارث الحقوق

٦٧ — *الحقوق التي تورث والتي لا تورث*: يقول عليه السلام «من ترك مالا أو حقا فلورثته ، ومن ترك كلا أو عيالا فالى» لا نزاع بين أحد من الفقهاء فى أن الأعيان والديون تورث أما المنافع فقد بينا قبل . أن الأحناف يرون أنها لا تورث وذهب أخرون إلى أنها تورث بقى الحق هل يورث أم لا ؟

لم يأخذ الفقهاء بقاعدة وراثة الحقوق المطلقة جملة . فبعضهم ينازع فى اشتمال الحديث على كلمة الحق ويرى أن المروى «من ترك مالا فلورثته .. » وبعضهم نظر إلى معان أخرى اعتمد عليها وقيد الاطلاق الوارد فى الحديث وذهب آخرون إلى أن الحقوق تورث . وإليك بعض أقوالهم بالنسبة لبعض الحقوق .

فحق الشرب وحق المرور مثلا اتفقوا على أنها تورث حتى الأحناف وعللوا ذلك بأنها من الحقوق المالية(١) : وحق الكفالة بالدين ، وحق حبس المبيع عن المشترى حتى يستوفى البائع عاجل الثمن ، وحق حبس الرهن فإنهم قالوا إن هذه الحقوق تورث لأنها من الحقوق اللازمة المؤكدة .

أما حق الغانم فى الغنيمة بعد الأحراز وقبل القسمة فأن الأحناف يرون أنها لا تورث أما الشافعى فيرى أنها تورث وحق خيار العيب فأن الأحناف يرون أنه يثبت للورثة ابتداء بينما الآخرون يرون أنه يورث ومثل هذا فى خيار التعيين ، وخيار الشرط لا يورث عند الأحناف ويبطل بموت من له الخيار بينما يورث عند الآخرين ، وفى حق أجل الدين إذا مات المدين فإن الأئمة الثلاثة على أنه لا يورث ويحل الدين على الورثة وهو رواية عن أحمد أما الرواية الأخرى فهى أن أجل الدين يورث لأن الموت لم يجعل مبطلا للحقوق وإنما هو علامة على الوراثة وقد قال عليه السلام « من ترك مالا أو حقاً فلورثته »

---

(١) لكن لو كانت هذه الحقوق ثبتت للمورث عن طريق الوصية فأنها لا تورث « وإذا مات الموصى له تبطل الوصية حتى لا تصير ميراثا لورثة الموصى له لأن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالى . . . » . راجع البدائع حـ ٦ ص ١٩٠ .

من هذا ترى أن الأصل عند الأحناف أن الحقوق لا تورث إذا كانت مجرد رغبة ومشيئة إلا ما كان منها حقا لعقار على عقار كما فى الشرب والمرور ففيها الحق لا يتعلق بالأشخاص ولذا فهو دائم لازم للعقار صاحب الحق والحق الثابت للعين ينتقل إلى ورثة من له حق الارتفاق مع العقار نفسه لأنهم تملكوه من مورثهم بما تقرر له على عقار الغير.

وأما فى خيار العيب والتعيين فقد ثبت الحق ابتداء للورثة لأن مورثهم تم رضاؤه على أساس سلامة المبيع من العيب فثبت حقهم فى تركته على أساس ذلك ولأنه فى خيار التعيين لابد منه ليتميز ملك الورثة من ملك البائع وقد تكلم الفقهاء فى هذا كثيراً وليس هنا محل بحثه فارجع إليه إن شئت [1]

٦٤ — **منشأ الحق** : لما كان الحق فى الشريعة نوعا من الحكم والأحكام من عند الله كانت الحقوق فى الفقه الإسلامى تستند إلى المصادر التى تستنبط منها الأحكام الشرعية وهى الكتاب والسنة والاجماع والقياس فلا يوجد حق شرعى من غير دليل عليه — وهكذا بالنسبة للحق عند القانونيين فأنه لا ينشأ ولا يوجد إلا من قانون.

---

(١) الفتح القدير حـ ٥ ص١٢٥ وما بعدها وكذا فى العناية بهامشه، ص١٤٩ من نفس الجزء، المغنى لابن قدامه (حـ ٣ ص٥٨٢)، حـ٤ص٦٩، ص ٤٨٦، ٥٣٦ وما بعدها. والزيلعى حـ ٣، حـ ٤، المبسوط حـ ١٣ فى عدة مواضع، رد المحتار حـ ٤، البدائع حـ ٥ فى عدة مواضع منها.

القسم الثاني

الملكية

الفصل الأول

الملكية وأنواعها

تعريف الملكية

٦٥ – بينا المال وأقسامه وقلنا إنه لابد لتحقق ماليته من إمكان تملكه أى أن يكون مما يمكن إحرازه بنفسه كما يقول الأحناف أو إحرازه ولو تبعاً كما يقول غيرهم ، وبينا أن الحيازة الفعلية تجعل المال متقوما . ومن هذا نجد أن هناك علاقة واضحة بين الأعيان ومنافعها وبين الإنسان بصفته حائزاً أو متملكا وهى علاقة المالك بالمملوك .

والملكية هى علاقة شرعية بين الإنسان والمال تجعله مختصا فيه اختصاصا يمنع غيره عنه بحيث تمكنه التصرف فيه عند تحقق أهليته للتصرف بكل الطرق السائغة له شرعا وفى الحدود التى بينها الشرع .

والملكية نسبة للملك الذى هو حيازة الشيء حيازة تمكن الحائز من التصرف فيه والانتفاع به على وجه شرعى . أو هو كما يقول الكمال بن الهمام فى كتابه فتح القدير « الملك هو القدرة على التصرف ابتداء إلا لمانع » وهو بهذا يجعل من ينوب عن غيره فى ملك التصرف غير مالك لأنه لا يقدر على التصرف ابتداء بل يقدر عليه بقدرة المالك ، كما يجعل من يملك التصرف مالكا حتى لو كان عديم الأهلية أو ناقصها . وهناك من الفقهاء من يعرف الملك « بأنه حكم شرعى مقدر فى العين أو المنفعة يقتضى تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالشيء وأخذ العوض عنه » وإن كان من المتفق عليه والمقرر فى الفقه الإسلامى أن الحقوق كلها لا تثبت إلا بإثبات الشارع لها وتقريره

لأسبابها ، ومنها حق الملكية فأن الفقيه القرافى صاحب التعريف السابق هو الذى أظهر هذا المعنى واضحاً فى التعريف .

ما يتملك

٦٦ — **ما يكون فيه الملك** : إذا كان الفقهاء فيما سبق اختلفوا فيما يطلق عليه أنه مال ومنهم من اعتبر المنافع أموالا ومنهم من لا يعتبرها أموالا . لكنهم اتفقوا هنا على أن الأعيان والمنافع كلاهما يقبل الملك فأنك كما تتملك الدار تتملك منفعتها وإن كان هناك خلاف بين الفقهاء فيما يتملك فهو بعيد عن إقرار تملك المنفعة ، وإنما هو فى تملك الأعيان . فبعض فقهاء المالكية يرون أن الملكية لا ترد إلا على المنافع فقط أما الأعيان فملكيتها لله سبحانه وتعالى ولا ملك للانسان فيها فى الحقيقة والواقع لأنه ليس للإنسان سلطان على المادة وإنما سلطانه على منافعها فقط .

قابلية الأموال للتملك

٦٧ — **قابلية الأعيان ومنافعها للتملك** : عرفنا أن الأعيان والمنافع تقبل الامتلاك والتمليك وبينا ما يراه بعض الفقهاء فى ملكية الأعيان ، ومع هذا فقابلية المال لتملك الأفراد ليست مطلقة ، وإنما تخضع لما نشأ بسبب حضارة الإنسان وترابطه ، من تكوينه للجماعات والدول . من نظم وقوانين حدّت من سلطان الفرد فى التملك ، وحدّت من قابلية بعض الأشياء للتملك ولذا قسم الفقهاء الأموال من ناحية قابليتها للتملك وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

لا يملك مطلقاً

(١) مالا يجوز للأفراد والجماعات امتلاكه لأنه من كيان وجود الدولة ومن مستلزمات الجماعة ، ولتعلق مصالح العامة به . كالجسور ، والقلاع والطرق وجميع المنشآت والمنافع العامة ما دام ينتفع بها انتفاعا عاما للدولة والمصلحة فى وجوده ترجع إلى جميع الأفراد .

لا يملك إلا للضرورة أو لمسوغ

(٢) لا يجوز للأفراد والجماعات تملكه إلا لمصلحة عامة تعود على الدولة أو لمسوغ شرعى كالأعيان المملوكة للدولة أو الموقوفة فلا يصح التصرف فى شىء من ذلك تصرفا ناقلا للملكية إلا إذا كان ذلك لمصلحة تقتضيه أو مسوغ شرعى يتطلبه .

يملك مطلقا

(٣) ما يجوز فيه التمليك والتملك من غير قيد أو شرط إلا القواعد التى وضعها الفقه الإسلامى فى هذا الشأن . وهذا هو الأصل لأن المال بطبيعته قابل للتملك والتمليك إلا إذا عرض له ما يخرجه عن طبيعة التعامل كما سبق ، إذ التمليك والتملك هما النتيجة الطبيعية لإحراز المال . بل هو الثمرة الأولى لإحراز الأموال وسبب تقومها

الأصل قابليته للتملك

بهذا عرفنا أقسام المال بالنسبة لقابليته للملكية وعلمنا أن الأصل فيه قابليته الملكية . وقلنا إن الإنسان يملك المال كما يملك الانتفاع به . ولهذا وجد نوعان للملك .

٦٨ — **أنواع الملكية** : والملكية تنقسم إلى قسمين لأنها إما أن تكون ملكية تامة بمعنى أنه يثبت للانسان حق التصرف فى نفس العين وفى منفعتها ، أو أن يثبت له هذا الحق فى العين فقط دون منفعتها أو فى المنفعة فقط دون الرقبة التى هى العين التى ثبت له التصرف فى منفعتها وسنتناول ذلك جميعه بشىء من التفصيل مع بيان أسباب ملكية كل نوع منها .

الملك التام ما يملك رقبة ومنفعة

٦٩ — **الملك التام** : ما كان للمالك حق التصرف المطلق فيه وفى منفعته بمعنى أن يكون مالكا الرقبة ونفس العين المحازة، عقاراً كان أو منقولا حيوانا كان أو جماداً من كل ما يملك ويحاز وأن يكون أيضاً مالكا لمنفعة هذا الشىء[1] فإذا كنت تملك داراً ملكا تاماً فمن حقك أن تهدمها أو تعدل فى أوضاعها ومن حقك أن تبيعها وأن تهبها وأن تؤجرها وتستغلها وأن تسكنها وأن توصى لأشخاص بحق سكناها مدة وكذلك تملك التصرف فى سيارتك وثوبك وقلمك وكتابك .

حرية مالكه فى التصرف

وعلى كل فالمالك ملكية تامة حر التصرف فى ملكه عينه ومنفعته لا يتقيد فى تصرفه بزمان أو بمكان أو بشخص ولا يحد من تصرفاته شىء

(١) هذا التقسيم أيضاً يوجد عند فقهاء المالكية الذين قالوا إن الأعيان لا تملك وأن الذى يملك هى المنافع فقط إذ يقولون : إذا كان سبب الملك يقتضى سلطاناً كاملا على جميع المنافع من غير توقيت كانت الملكية تامة مثل الملكية التى ينتجها عقد البيع والهبة أو التى تنتج عن الميراث أو عن حيازة المال المباح . وإن كان سبب الملك يقتضى سلطة قاصرة أو مؤقتة كانت الملكية ناقصة . وذلك كالملكية التى تثبت للشخص عن طريق العارية والاجارة والوصية بالمنفعة .

إلا حد الشارع ما دام يتمتع بأهلية التصرف كاملة ، وهو غير ضامن إذا ما أتلفه وأهلكه لأنه ملكه ، ولا يملك أحد أن ينتزعه منه ويخرجه من ملكه إلا برضاه.

حد الشارع من تصرفاته

غير أن للشارع سلطانا على الإنسان فى إخراج المال من ملكه جبراً عنه فى حالات:

يؤخذ ملكه جبرا للمنافع العامة بعوض

١ — نزع الملكية للمنافع العامة. كتوسعة طريق أو مجرى نهر أو إنشاء جدول أو مصرف أو إنشاء مسجد أو مستشفى ، أو توسعة شىء من ذلك وقد حدث أيام عمر بن الخطاب وعثمان رضى الله عنهما فقد نزعت ملكية بعض الدور المحيطة بالمسجد الحرام لتوسعته ، وهدمت فعلا وألحقت بالحرم. وكان ذلك نظير عوض هو قيمة العقار. وبهذا تتحقق المصلحة العامة ولا يظلم الفرد لأنه سيأخذ عوضاً عن ماله من بيت المال « الخزينة العامة ».[1]

يباع جبرا عنه لسداد دينه

٢ — بيع مال المدين المماطل جبرا عنه وفاء لدينه لأن فى مماطلته لدائنيه ما يسىء إليهم ويضر بهم فهو ظالم لهم بمماطلته ، والظلم يجب رفعه ، والإضرار ممنوع ولذا قال الصاحبان من الأحناف للقاضى أن يجبر المدين المماطل على أن يبيع ملكه سداداً لدائنيه وإلا باعه عليه القاضى جبراً لكن الإمام يرى أنه لا يحجر على المدين بسبب عدم الوفاء بدينه ، وإنما يحبس حتى يسدد ما عليه من الديون ولا يفرج عنه إلا إذا انتهى الدين أو ظهر للقاضى أنه لم يبق له ما يباع وسنفصل الكلام فى هذا عند الكلام عن الأهلية.

يؤخذ بالشفعة جبرا عنه

٣ — وأخذ العقار بالشفعة لأن الشفيع إنما يتملك العقار المبيع على المشترى ولو جبراً عنه بما قام عليه من الثمن والمصاريف كما سنوضحه فى الشفعة.

الملكية التامة تثبت بالتعاقد

أسباب الملك التام : ١ — والملكية التامة تثبت للشخص نتيجة التزام عقد كالوصية والبيع والهبة إلى غير ذلك من العقود الناقلة للملكية فانه

(١) راجع سيرة عمر بن الخطاب حـ ٢ ص ٤٩٦ للشيخ على الطنطاوى فقد نقل لنا عن فتوح البلدان ص ٥٨ (فلما استخلف عمر بن الخطاب وكثر الناس وسع المسجد واشترى دورا فهدمها وزادها فيه ، وهدم على قوم من جيران المسجد أبوا أن يبيعوا ووضع لهم الأثمان حتى أخذوها بعد واتخذ للمسجد جدارا قصيرا دون القامة كانت المصابيح توضع فيه (كما جاء فى سيرة عمر بن الخطاب لابن الجوزى ص ٥٣ (أن عمر بن الخطاب هدم مسجد الرسول وزاد فيه وأدخل دار العباس فيما زاد فيه)

بتمام العقد واستلام الهبة وموت الموصى مصر أعلى وصيته انتقلت الملكية(١) إلى المشترى والموهوب له والموصى له . وسنذكر هذا بالتفصيل عند الكلام عن العقد فى موضعه الخاص .

ثبوتها بالشفعة

٢ - وقد تثبت الملكية بسبب الأخذ بالشفعة فإن الملكية قد تثبت للشفيع من غير رضاء المشترى بل جبراً عنه عن طريق القضاء نظير عوض يدفعه وهو الثمن الذى دفعه المشترى . وسنفصل القول فيها فى القسم الخاص بالشفعة

ثبوتها بالحيازة

٣ - كما تثبت الملكية من غير عقد ومن غير وجود عوض يخرج من ملك المتملك وهذا إما أن يكون سبباً منشئا للملكية شىء لم يسبق تملكه وهو الاستيلاء على المال المباح ، أو بمعنى آخر الحيازة وقد أفردنا للكلام عنها تفصيلا قسما خاصا بعد ذلك .

ثبوتها بالإرث

٤ - وإما أن يكون سبباً ناقلا للملكية . كالأرث فإن الوارث يتملك ماورثه من غير عقد ولا عوض وإنما بقوة الشرع إذ الوارث خليفة المورث

الملك الناقص

٧٠ - **الملك الناقص** : وهو مايكون للمالك حق ملك الرقبة فقط والمنفعة تكون مملوكة لآخر أو العكس سواء فى ذلك أن تكون المنفعة شخصية تتعلق بالشخص المنتفع أم عينية تتعلق بالعقار نفسه . فالملك الناقص هو مالم يجتمع فيه ملك العين وجميع منفعتها فى يد واحدة وإنما كان مالك الرقبة غير مالك المنفعة جميعها أو بعضها .

سببه تعلق حقين لشخصين فى شىء واحد

وسبب الملك الناقص . — هو تعلق حقين لشخصين مختلفين فى شىء واحد أحدهما فى رقبته والآخر فى منفعته المتعلقة بالأشخاص أو بالأعيان فإذا كانت دار تملكها شخص بالإرث وكان مورثه قد أوصى قبل وفاته بسكنى هذه الدار لشخص آخر عينه لمدة خمس سنوات مثلا فإن الوارث حينما

---

(١) عقد الإجارة وعقد الزواج وكذا الطلاق على مال والخلع تفيد نقل الملكية فتصلح أن تدخل تحت هذا السبب لأن أجرة العين المستأجرة والمهر ، والمال الذى يدفع نظير الطلاق أو الخلع كلها يتملكها المؤجر والزوجة والمطلق ملكية تامة عينها ومنفعتها .

يتملك هذه الدار يتملك الرقبة فقط لأن الانتفاع بها يملكه شخص آخر فى المدة المذكورة وهو الموصى له ما دام قد قبل الوصية بعد وفاة الموصى. على أن ملكية الوارث ستعود ملكية تامة بعد انتهاء المدة الموصى فيها. فالوارث إذاً فى هذه المدة يملك الرقبة فقط والموصى له يملك فى هذه المدة المنفعة فقط. أو أن يكون لإنسان قطعة أرض زراعية وكان سقيها وإرواؤها بمرور المياه من أرض غيره. فتكون هذه الأرض — التى عليها حق إمرار الماء للأرض الأخرى — ملكية صاحبها لها ملكية ناقصة لأن عليها حق ارتفاق كما سيأتى بيانه مفصلا والأرض الأخرى لها على هذه الأرض حق انتفاع عينى.

ملك الرقبة فقط

١ — ملك الرقبة فقط: مما تقدم نجد أن الملك الناقص نوعان: ملك الرقبة فقط، وملك المنفعة فقط دون الرقبة فإذا كان المالك لا يملك المنفعة كما صورنا من قبل فملكيته ناقصة طوال الفترة التى ملكية المنفعة فيها لغيره وعند انتهائها تعود المنفعة إلى مالك الرقبة فيعود ملكه تاما، أما فى مدة تملك الغير المنفعة فإن مالك الرقبة لا يستطيع أن يتصرف فى ملكه سواء أكان فى منفعته أم فى نفس العين بأى تصرف فيه حد من حق مالك المنفعة أو يضر به. فى مثالنا السابق لا يكون للوارث حق هدم الدار أو شىء منها إلا بإذن ورضاء من له حق المنفعة، وإذا كانت حديقة لشخص الرقبة، ولآخر المنفعة، فإن صاحب الحديقة والمالك لرقبتها لا يستطيع أن يقطع شجرة من أشجارها إلا بإذن مالك المنفعة مادام هذا التصرف ينقص من ملكية المنتفع وحقه ويبقى كل منهما على هذا الوضع حتى تنتهى المدة المحددة للمنتفع أو يموت قبل انتهاء المدة فتعود المنفعة أيضاً لأصحاب الرقبة على تفصيل فى ذلك. لأن المنافع كما قلنا ليست بأموال فلا تورث كما يقول الأحناف. وأخيراً نقول إن ملكية العين ملكية دائمة وتنتقل إلى الورثة وتنقلب دائماً إلى ملكية تامة.

ملك المنفعة

٢ — ملك المنفعة: يرى الأحناف أن الملك المنفعة حالتين. حالة لا يكون فيها إلا مؤقتاً. وهذا حين يوجد لا يكون متعلقاً بالعين المنتفع بها وإنما يكون متعلقاً بالشخص نفسه فلا ينتقل إلى غيره مثل ملك المستأجر لمنفعة

العين المستأجرة ويسمى هذا النوع بملك المنفعة الشخصية ، وإن كان الأحناف لا يرونه إلا مؤقتاً وغيرهم يجيزون فيه التأبيد، وعلى هذا يصح أن تنتقل ملك المنفعة الشخصية بعد وفاة مالكها إلى ورثته عند غير الأحناف ، أما هم فلا يرون المنافع مالا حتى يصح أن تورث ، وسنتناول هذا بالتفصيل فى الفصل الثانى .

وأما الحالة الثانية فهى التى تكون ملكية المنفعة فيها دائمة غير مؤقتة بمدة ، لأن الحق حين يوجد إنما يثبت على أنه حق لعين على عين أخرى من غير نظر إلى شخص مالكها فينتفع به كل من يملك هذه العين وينتقل حق الانتفاع هذا من شخص إلى آخر فيورث بالتالى ، وهذا النوع يسمى بمالك المنفعة العينية أو حق الانتفاع العينى ، وعرف باسم حق الارتفاق وقد أفردنا للكلام عنه الفصل الثالث من هذا القسم .

الفصل الثانى

ملك المنفعة الشخصية

أو حق الانتفاع الشخصى

ملك المنفعة الشخصية

٧١ — **ملك المنفعة الشخصية:** هو حق يستفيده مالك المنفعة الشخصية يمكنه من مباشرة الانتفاع بنفسه أو يمكن غيره من هذا الانتفاع بعوض أو بغير بعوض . وهذا النوع يكون فى العقار والنقود على حد سواء . وهو يشمل ما كان الانتفاع فيه قاصراً على شخص المنتفع بذاته من غير أن يكون له الحق فى تمليك المنفعة للغير بأجر أو بغير أجر . كما يشمل ما إذا كان لمالك المنفعة حق الانتفاع بنفسه ، وحق تمليكها للغير . وفى الواقع أن ذلك يختلف باختلاف سبب ملكية هذه المنفعة وما يتضمنه هذا السبب من قيود اشترطت صراحة أو قيود يقتضيها العرف .

أسباب حق الانتفاع الشخصى

أسباب ملك المنفعة الشخصية :

١ — الإجارة ٢ — الإعارة ٣ — الوصية بالمنفعة ٤ — الوقف (١) .

(١) فإن كانت ملكية المنفعة ناتجة بسبب عقد إجارة كان لمالكها حق الانتفاع بالعين المؤجرة بنفسه وله أن يؤجرها للغير أو يعيرها له ما دام اختلاف الأشخاص المنتفعين لا يؤثر فى العين أما إذا كانت العين المؤجرة

---

(١) الاجارة : هى تمليك المنفعة فى الحال بعوض — والإعارة هى تمليك المنفعة فى الحال بلا عوض .

والوصية بالمنفعة : هى تمليك المنفعة تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت بطريق التبرع .

والوقف : حبس العين عن تمليكها والتصدق بمنفعتها .

كما يصح أن يكون سبب ملكية المنفعة عقد نكاح المهر فيه منفعة ، ويصح أن يكون سببه الطلاق نظير عوض عند ما يكون العوض منفعة .

تتأثر بتغير الأشخاص وقد نص فى العقد على أن ينتفع بها بنفسه فليس له أن ينيب عنه غيره وإلا كان متعديا .

السبب الإعارة

(٢) وإن كان سببها الإعارة : فإذا كان المعير قد اشترط على المستعير أن لا ينتفع بها غيره كان له حق الانتفاع بنفسه فقط وإلا جاز له أن يعيرها للغير بشرط أن تكون العين لا تتأثر بتغير الأفراد أما إذا كانت تتأثر بتغير الأفراد كالدابة والمعطف ، فليس له أن يمكن الغير من الانتفاع بها . لأنها وأمثالها تتأثر بثقل الحمولة وبدانة الشخص ونحافته ، وعلى كل فإنه ليس له أن يؤجرها للغير لأن الإجارة عقد لازم والعارية عقد غير لازم فإذا كان طريق ملكيته عقداً غير لازم فكيف يرتبط مع الغير بعقد لازم ، وقد خالف فى ذلك الإمام مالك وقال إن للمستعير مطلق الحرية فى التصرف بالمنفعة التى اكتسبها من عقد الإعارة طالما هو فى مدتها ولم يترتب على تصرفه ضرر بالعين . ولذا فله أن يعيرها للغير وله أن يؤجرها للغير . إذ العارية عنده عقد لازم .

الوقف والوصية بالمنفعة

(٣) وإن كان سببها الوقف أو الوصية بالمنفعة : وكان الواقف أو الموصى قد خول له حق الانتفاع والاستغلال بأن كانت داراً مثلا وقفها من بعده على شخص معين وشرط له أن ينتفع بها سكناً أو استغلالا ، أو أوصى شخص لآخر بالانتفاع بداره سكنا أو استغلالا مدة كذا فإنه بعد وفاة الموصى وقبول الموصى له ، حق لهذا المنتفع « الموصى له » أن ينتفع بالدار سكناً واستغلالا وللموقوف عليه أيضاً ذلك لأن الواقف والموصى قد شرطا لهما ذلك . وإلا فان نص الواقف أو الموصى على عدم جواز الاستغلال أو كان العرف يمنعه كمن وقف داراً لسكنى طلاب العلم فليس لأحدهم إلا حق السكن أما إذا لم يوجد فى المسألة نص يمنع من الاستغلال صراحة ولا دلالة عن طريق العرف والعادة فالمسألة خلافية إذ يرى الأحناف والمالكية أنه ليس له سوى الانتفاع بنفسه دون الاستغلال . أما الشافعى وأحمد فعندهما أن من حقه الاستغلال مادام لم ينص على منعه لأن

الوقف والوصية يفيدان تمليك المنفعة والتمليك بإطلاقه يشمل الانتفاع والاستغلال ومحل دراسة ذلك فى الوقف والوصية .

هل للمنتفع أن ينقل المنفعة لغيره

٧٢ — **حق الانتفاع وملك المنفعة:** مما تقدم تبينا أن بعض من لهم ملكية المنفعة الشخصية يكون لهم مطلق الحرية فى الانتفاع الشخصى إنتفاعا واستغلالا كما تبينا أن هذا يرجع إلى السبب الذى ثبت به حق الانتفاع للمنتفع حسب الشروط الواردة فى السبب صراحة أو دلالة تبعاً لما يقتضيه العرف وإلا فقد بينا لك ما فيها من خلاف .

الأحناف

وعلى كل فالأحناف لا يفرقون بين من له حق الانتفاع فقط ومن له الانتفاع والاستغلال فكلاهما عندهم يعتبر مالكا للمنفعة أو صاحب حق انتفاع شخصى . لأن السبب موضوع للتمليك بدليل أنه يفيد الملك فى بعض الأحيان . لهذا يطلقون على كل من يكتسب المنفعة بسبب من هذه الأسباب مالكا للمنفعة .

المالكية يفرقون بين ملك المنفعة وحق الانتفاع

أما المالكية : فيفرقون بينهما فيسمون — من له حق الانتفاع والاستغلال أى من كان مطلقاً من القيود أو سبب ثبوت الانتفاع له يبيح له الاستغلال — مالكا للمنفعة ، أما الشخص الذى ليس له سوى الانتفاع الشخصى بنفسه فيسمونه صاحب حق انتفاع شخصى . وهذا لأنهم يرون الانتفاع فى الأول من قبيل الملك أما فى الثانى (أى ما يكون له الانتفاع فقط بسبب الإعارة أو الوقف أو الوصية ، فإنه من قبيل الإباحة (١) لا الملك والمباح له ليس

(١) الاباحة : أن يأذن شخص لآخر بأن ينتفع بماله أو يتملكه لا على وجه التعاقد فيثبت له الحق فى المباح ما دام الإذن قائماً . وقد يكون هذا الإذن من مالك المنفعة أو من مالك العين أو من الشارع والاذن يعتبر قائماً حتى يعلم المباح له بانتهائه كما يرى الأحناف وهو إحدى روايتين عن الشافعى والمباح له ليس له سوى الانتفاع بنفسه فقط وهذا ما يسميه المالكية بحق الانتفاع الشخصى . وعلى كل فاذا كانت الإباحة تتعلق بمنفعة فان المباح له قد تملكها بالانتفاع بها لأنها تكون قد استهلكت . وإذا كانت تتعلق بعين من الأعيان كمن ينثر نقودا فى الأفراح وكدعوة الصديق إلى الطعام فالأحناف يرون أنه على ملك صاحبه حتى يدخل فى يد المباح له فيمتلك بالاحراز . وذهب آخرون إلى أن المباح له لا يتملك المال بتناوله وإنما يبقى على ملك صاحبه حتى يستهلكه المباح له وهو على ملك صاحبه بإذن منه .

سوى أن ينتفع بنفسه حسب الإذن . فمن دعاك لتركب معه سيارته فقد أباح لك هذا فليس لك أن تنيب عنك غيرك ، ومن دعاك لطعام عنده فليس من حقك أن تأخذ الطعام خارج الوليمة أو أن تنيب غيرك .

الرقبة فى يد صاحب المنفعة

٧٣ — **الرقبة فى يد المنتفع** : وسواء أكان من له المنفعة يسمى مالكا أو يسمى صاحب حق انتفاع فإنه لافرق بين التسميتين مادام الحكم واحداً بالنسبة لمن يملك المنفعة دون الاستغلال ، وعلى كل فسواء أكان يملك الانتفاع والاستغلال أو يملك إحداهما دون الأخرى فهو لايملك شيئا فى الرقبة . وإنما يجب على صاحب الرقبة أن يسلمها لمن له المنفعة ليستوفى حقه فى المنفعة كاملا حسب المعتاد إذا لم يكن هناك شرط يبين طريق الاستعمال والانتفاع ، فإن كان هناك فى العقد ما يحدد طرق الانتفاع كان الانتفاع فى حدود هذه الشروط لأن ملكية المنفعة تقبل التقييد عند إنشائها بالزمان والمكان والصفة .

لا تضمن بالهلاك لأنها أمانة

فإذا تسلم مالك المنفعة العين كانت أمانة فى يده يحافظ عليها ويصونها فإذا هلكت أو حدث بها عيب ينقص من قيمتها بغير اعتداء من مالك المنفعة فلا ضمان عليه لأن يده يد أمين ، والأمين لا يضمن . وسواء فى ذلك إذا هلكت أو تعيبت قبل انتهاء مدة انتفاعه بها أو بعد إنتهاء مدة الانتفاع وقبل التمكن من ردها .

إذا حبسها فى يده بعد استيفائه المنفعة

أما إذا حدث الهلاك أو التعيب بعد إنتهاء مدة انتفاعه وتمكنه من الرد وقد احتبسها فى يده بغير حق ، أو حدث الهلاك أو التعيب باعتداء منه أو إهمال أو أنه تجاوز حد الانتفاع المشروط أو المعروف كان ضامناً لها

أو كان له بها منفعة لم تنضج

ولا يعتبر محتبساً لها بغير حق إذا كانت أرضا زراعية ولم يسلم الأرض لصاحبها بعد إنتهاء مدة الإجارة أو الأعارة أو الوصية بسبب انتظاره نضوج الثمر أو الحصاد لأنه يلتزم أجر المثل عن هذه الفترة الزائدة عن مدته فإذا هلكت العين أو تعيبت فى هذه الحالة لا لشىء مما سبق فلا ضمان عليه .

مؤنة العين ونفقاتها

٧٤ — **مؤنة العين مدة الانتفاع** : وما دامت العين فى يد المنتفع

ليستوفى منفعته منها طوال المدة التى له الحق فيها فمن الذى تجب عليه نفقاتها ومؤنتها ؟ مع أن الأصل أن من ملك شيئاً حيواناً كان أم غيره كانت نفقته عليه لأن الملك من أسباب وجوب النفقة اتفاقاً .

على المالك ان كان سببها الإجارة

فإن كان سبب حق الانتفاع هذا عقد إجارة كانت النفقات على المؤجر إلا إذا كان نص فى العقد على غير ذلك . فاذا استأجر شخص قطعة أرض زراعية فعلى المالك أن يدفع ما عليها من أموال وإن كان المستأجر دارا فعلى صاحبها ترميمها إن لزم وما عليها من ضرائب ورسوم ، وإن كانت دابة فعلفها على مالكها إلا إذا نص على غير ذلك فى العقد لأن مالك المنفعة إنما يملك منفعة العين بعوض .

وإلا فعلى المنتفع

وأما إذا كان سبب حق الانتفاع الأعارة أو الوصية بالمنفعة ، فالأحناف (١) ذهبوا إلى أن نفقة العين المعارة أو الموصى بمنفعتها على المستعير أو الموصى له بالمنفعة أما إذا كان سبب حق الانتفاع الوقف : فإن نفقة العين الموقوفة تجب فى الريع الناتج منها إن كانت مستغلة ، وعلى من له المنفعة إن كانت موقوفة للانتفاع دون الاستغلال وعلى كل فهى فى الواقع لا تخرج عن ما قلناه بالنسبة للأعارة والوصية أى أن المنفعة واجبة على المنتفع «الموقوف عليه» غاية الأمر إن كان له الاستغلال تكون النفقة من الغلة . مع ملاحظة أن هذه الغلة كان سيأخذها هو فليس هناك فارق ولعل الذى دعاهم فى حالة الوقف إلى هذا الكلام أن الموقوف يخرج من ملك صاحبه إلى ملك الله تعالى وبهذا تكون نفقة العين المنتفع بها على المالك إذا كان سببها الإجارة لأن المالك يأخذ عوضا عن منفعته . وإلا فعلى المنتفع عملا بالقاعدة الفقهية «الغنم بالغرم» فمن يملك المنفعة بالمجان غنم بها ولذا لزمه أن يغرم نفقاتها ... إلا إذا نص على غير ذلك بينهما

(١) أما الشافعية فقد جعلوا نفقة العين على مالكها إلا فى الوقف فجعلوها فى غلته . وأما المالكية والحنابلة فيرون أن نفقة العين على مالكها إن كان سبب تملك المنفعة الاجارة أو الوصية وكذلك الإعارة لأن طبيعة العارية تمليك المنافع بغير عوض ولو ألزمنا المستعير بالمنفعة لأصبحت الإعارة بعوض . أما إذا كان سبب ملك المنفعة الوقف فالحنابلة مع الأحناف وهى محل تفصيل عند المالكية .

لا يورث هذا الحق عند الأحناف

٧٥ — **هل يورث هذا الحق :** — لكن إذا مات مالك المنفعة فهل ينتقل هذا الحق لورثته ؟ قلنا من قبل إن المنافع وهذه الحقوق لا يعتبرها الأحناف أموالا ومادامت ليست بأموال فإنها لا تورث إذ أنها تتجدد من وقت لآخر والمنافع التى توجد بعد وفاة مالك المنفعة لم تكن من تركته لأنها لم تكن موجودة فى حياته والذى يورث هو تركة المتوفى حين وفاته والذى لا ينتقل بالموت إلى الورثة لا يورث سواء فى ذلك أكان سبب تملك المنفعة إجارة أم إعارة أم وصية أم وقفا غير أنه إذا كان للورثة بالعين ثمر لم ينضج حق لهم احتباس العين لاستيفاء منفعتهم ، وعليهم أجر المدة الباقية حسب العقد إن كان سببها إجارة وإلا فأجر المثل

يورث عند الباقين

أما عند جمهور الفقهاء فتورث عندهم لأنها أموال فإذا كان سبب حق الانتفاع الوصية ومات الموصى له قبل انتهاء المدة فإن لورثته عندهم أن ينتفعوا بالمدة الباقية لمورثهم إلا إذا نص فى عقد الوصية على خلاف ذلك وإن كان سببها الوقف فإن الحق ينتقل حسب رغبة الواقف فى إشهاد وقفه وإن كان سببها الأجارة فالمنفعة تنتقل إلى الورثة لأنها تعتبر مالا وتورث .

أما إذا كان سببها الأعارة فالشافعى وأحمد مع الأحناف فى أنها لا تنتقل إلى الورثة لأن العارية تفيد أباحة الانتفاع فقط دون تمليكه عندهما

وأما عند مالك فالمنفعة تنتقل إلى الورثة مادام عقد العارية مقيدا بمدة وذلك لأن العارية عندهم عقد لازم فوق كون المنافع أموالا .

اذا مات مالك الرقبة

أما إذا مات مالك العين نفسها دون صاحب المنفعة فما الحكم ؟ إذا كان سبب المنفعة إجارة أو إعارة انفسخ العقد عند الأحناف وتابعهم بعض الفقهاء . لأن الأحناف كما قلنا لا يعتبرون المنافع أموالا لها قيمة ذاتية وإنما قومها فى عقد الأجارة العقد نفسه . والعقد إرادة شخصية للعاقد تنتهى بانتهاء حياته ولذا فإن حق الإنتفاع ينتهى وتعود المنفعة إلى ورثة المالك مع رقبة الملك فيتملكونه ملكية تامة إلا إذا كان بالعين ثمرة لم تنضج أو منفعة لم تتم فتبقى العين فى يد المنتفع على الوجه السابق ذكره وإن كان سببها الوقف فيبقى

حق الموقوف عليه قائماً لأنه ينتقـل حسب شرط الواقف ولا يمـكن أن يكون هنا سببها الوصية لأنها لاتبدأ إلا بعد موت الموصى .

هلاك العين

٧٦ – **أثر هلاك العين فى هذا الحق** : بق ما إذا هلـكت العين المنتفع بها نفسها قبل إنتهاء مدة الإنتفاع فما الحكم؟ إذا هلـكت العين أو تعـذر الانتفاع بها بأن كانت دابة فماتت أو أرضا فسبخت أو دارا فهدمت . وكان ذلك قبل إنتهاء مدة الانتفاع فان كان ذلك بلا تعد أو تقصير فان حقه فى الانتفاع ينتهى إذ لا يتصور بقاء الملك فى المنفعة بعد هلاك محله وسواء فى ذلك ما إذا كان سبب ملك المنفعـة وصيـة أو وقفا أو إعارة أو إجارة مادامت المنفعة لم تـكن دينا فى الذمة أما إذا كانت المنفعة قد ثبتت للمنتفع بعقد إجارة وكانت ديناً فى الذمة أى أن العين الواقع عليها العقد غير معينة فإن المنفعة تبق واجبة للمستأجر رغم هلاك العين وذلك مثل الذى يحدث أمامنا فى الحياة العملية حين تركب سيارة عامة من سيارات شركة النقل فانك بدفعك الأجر واستلام التذكرة تـكون قد تعاقدت مع مندوب الشركة على أن يوصلك إلى جهة كذا ، المنفعة ، وقد تملـكت أنت هذا الحق كما تملـكت الشركة الأجر فان تعطلت السيارة فى الطريق وتلفت فان حقك فى الانتفاع قائم وتلزم الشركة باحضار سيارة أخرى لتوصلك إلى الجهة المتعاقد عليها إذ العقد هنا لم يكن على سيارة معينة وإنما كان لتوصيلك إلى جهة معينة .

التلف نتيجة أعتداء

أما إن كان التلف نتيجة تعد أو تقصير فان كان سبب ملك المنفعة وقفاً أو وصية لزم شراء عين أخرى بالضمان المستحق واستيفاء المنفعة ، أما إذا كان السبب إعارة أو إجارة عين بذاتها فان حق الانتفاع ينتهى بهلاكها ، أما إذا كان سببها إجارة والمنفعة ثبتت ديناً فى الذمة — أى من غير تعيين فالحق (١) قائم إلا إذا كان هو المتعدى فإنه يضمن .

ما ينتهى به حق الانتفاع الشخصى

مما تقدم نعرف أن ملـكية المنفعة أو حق الانتفـاع الشخصى تنتهى بموت صاحب العين وموت المنتفع على التفصيل السابق وبهلاك العين نفسها مع

---

(١) راجع ابن عابدين حـ ٥ ص ٥٨ والبدائع حـ ٤ ص ٢٢٣ .

ملاحظة ما سبق . بقى أن نقول أخيراً إنها تنتهى أيضاً بانتهاء المدة المحددة للانتفاع ويمكن إبطاله أيضاً إذا كان سببه الإعارة بشرط عدم الإضرار بالمنفعة لأنها عقد غير لازم خلافا لمالك .

خواص حق الانتفاع الشخصى

٧٧ – خواص ملك المنفعة الشخصى :

(١) ملك المنفعة الشخصى يتقيد بالزمان والمكان والوصف حسب المشروط أو المتعارف عليه أيا كان السبب إعارة أو إجارة أو وقفا أو وصية.

(٢) لاتورث عند الأحناف . لأنها منافع والمنافع لابقاء لها فلا يتصور دخولها فى تركة المتوفى وانتقالها إلى الورثة لأنها قد انعدمت وما حدث منها فقد حدث بعد وفاته فلم يكن من التركة فلا يورث عنه لأنها حق شخصى بخلاف حق الانتفاع العينى فأنه يورث حتى عند الأحناف وسيأتى .

(٣) تثبت ديناً فى الذمة إن كان سببها الإجارة على استيفاء منفعة من شىء غير معين كمن يستأجر دابة ليركبها من مكان إلى آخر أو الأجارة على عمل الأجير المشترك وقد سبق بيانه .

(٤) يثبت للشخص على العقار وعلى المنقول فكما تملك الانتفاع بزراعة الأرض تملك الانتفاع بسكنى الدار وبركوب السيارة وقراءة الكتاب إلى غير ذلك .

(٥) هذا الحق يمكن لصاحب الرقبة إبطاله حتى قبل مضى المدة إذا كان سببه الأعارة خلافا لمالك .

الفصل الثالث

حق الانتفــــاع العينى

أو حق الارتفاق

حق عقار على عقار مع اختلاف المالك

78 - *تعريف* : قلنا من قبل إن ملكية المنفعة قد تكون حق انتفاع شخصي وقد سبق الكلام عليه ، وقد تكون حق انتفاع عيني . أى حق متعلق بالأعيان لا بالأشخاص ويسمى حق ارتفاق وهو فى اللغة بمعنى الانتفاع وبمعنى الاتكاء على مرفق اليد وقد اصطلح أخيراً على إطلاق كلمة ارتفاق على هذه الحقوق التى سنتكلم عنها هنا وحق الارتفاق لا يكون إلا فى عقار إذ هو كما يقول قدرى (باشا) (1) حق ثابت لعقار على عقار آخر مالكه غير مالك العقار الآخر فيرفع من قيمة العقار الذى له حق الارتفاق ويخفض من قيمة الآخر .

لكنه مع هذا فقد يكون حقاً مقرراً لغير عقار على عقار كحق المرور وحق الشفعة . ولذا يحسن أن نفهم أن حق الارتفاق هو ما تقرر على عين فلزمها دون نظر إلى مالكها وإلى شخص المنتفع . ولذا فإن الحق يبقى حتى مع موت أو تغير المالك . فيورث عنه ، ولا يملك أحد إبطاله . هذا والقانون فى المادة 1015 يعرفه بأنه حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر .. الخ (2) .

بسبب اشتراطه ضمن عقد معاوضة إذا أجازه العرف

79 - *أسباب حقوق الارتفاق* : 1 — حق الارتفاق يثبت فى الأملاك

(1) راجع مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان للمرحوم محمد قدرى باشا ص 11 المادة 37 .

(2) وقد تناول القانون حقوق الارتفاق فى المواد من 1015 إلى 1029 .

الخاصة والمشتركة بين الأفراد بسبب أن يكون أحد هذه الحقوق قد اشترط ضمن عقد معاوضة (١) ، كأن يبيع شخص لآخر قطعة أرض أو أن تبيع شركة لفرد أو أفراد قطعة أرض بشرط أن يكون للأرض التى تليها حق المرور على هذه الأرض ، أو أن يبيع شخص لآخر سفل الدار على أن يكون للبائع حق التعلى . أو يبيع صاحب الدار علو داره لشخص آخر مع بقاء الأرض والسفل فى ملكه فإذا تم عقد معاوضة على شيء من ذلك بشرط أن يجيزه العرف كما يرى الأحناف . تم العقد وكان الشرط نافذا والحق قائماً .

ثبوته من زمن مع جهل السبب مثبت للحق

٢ — يثبت حق الارتفاق إن كان المرتفق ينتفع بهذا المرتفق من قديم الزمن وقد ورث العقار أو تملكه وهو على هذا الوضع من غير أن يعرف السبب الذى انبنى عليه وجود هذا الحق . فيبقى هذا الحق ثابتاً كما هو ولا يملك صاحب العقار الذى عليه الارتفاق إبطاله . لأنه مادام بدء استعماله مجهولا . لقدمه ، ولا يدرى سببه فيبقى الحق ثابتاً حتى يثبت بطلانه . لأن الأصل المشروعية حملا للناس على الصلاح . فلو كانت أرض زراعية تروى عن طريق أرض أخرى من زمن قديم دون معارضة مع جهل سبب هذا الحق . أو دار شرع بابها على طريق خاص بآخرين من قديم الزمن ولا يدرى سبب هذا أو دار لها ميزاب يصرف ماء المطر على سطح دار جاره أو على فناء داره الخارجى وكان ذلك من قديم الزمن مع جهل سببه فإن الحق عند التنازع يثبت لصاحب الأرض والدار والميزاب بسبب قدم استعماله من غير معارضة مع جهل السبب حملا لحال الناس على الصلاح إذ الأصل كما قلنا أن الناس لا يصنعون إلا ما هو مشروع . حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . وليس هذا فى الواقع سبباً منشئاً لحقوق الارتفاق وإنما هو مؤيد لحق موجود لم يعرف سببه لقدم زمنه .

يثبت بسبب أحياء الموات

٣ — وكذلك يثبت هذا الحق ابتداء بسبب إحياء أرض موات (٢). فإنه

---

(١) راجع المبسوط للسرخسى ح ١٥ ص ٥٦ ، ٥٧ .

(٢) هى التى لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد إلى غير ذلك مما سيأتى بيانه .

إذا جاء شخص واستولى على قطعة أرض وسط الفضاء التى لم تدخل فى ملك أحد وأصلحها وجعلها تنبت النبات واتخذ لها مجرى يوصل إليها الماء ماراً بهذه الأرض الفضاء (الموات) أو اتخذ له طريقاً يمر منه ليصل إلى الأرض التى أحياها ثم جاء آخر فأصلح باقى الأرض وأحياها . فإن حق الأول فى المجرى وفى الطريق ثابت لا يملك الآخر أن يبطله .

الجوار سبب لوجود حق ارتفاق

٣ — الجوار نفسه يثبت حقا لكل من الجارين على الآخر من المحافظة على بنائه وعدم إحداث مايوهنه أو يزعج سكانه . وهذا ماذهب إليه المالكية ومتأخروا الأحناف خلافا لغيرهم الذين لم يروا هذا الحق ملزما إلا ديانة فقط لا قضاء . وسنعود إلى الحديث عن ذلك بعد .

بسبب الشركة فى المرافق العامة

٤ — وهذه الحقوق تثبت على المرافق العامة أيضاً كالأنهار العامة ، والمصارف العامة ، والطرق العامة . ويثبت الحق هنا بسبب الشركة العامة بين أفراد الدولة فى هذه المرافق . فهى قد أنشئت للصالح العام ، وتصان بأموال بيت المال .

لا حاجة للاذن عند الانتفاع بالمرافق العامة

غير أنه فى الأموال العامة لايحتاج فى الانتفاع بحق الارتفاق إلى استئذان أحد مادام استعماله لهذا الحق لا يتعارض مع ما أنشىء من أجله هذا المرفق ولا يضر به . لأنه شركة عامة بين الناس فلكل شريك حق الارتفاق والانتفاع بما هو شريك فيه مادام يحسن استعمال حقه . أما حق الارتفاق على الأموال الخاصة فإنها تحتاج إلى إذن من المالك أو أن يكون ذلك، قد تم عليه التعاقد كما سبق بيانه .

ضرورته فى الخاصة

وبعد فهذه هى أسباب حقوق الارتفاق المتفق عليها . وقد أضاف المالكية إلى هذه الأسباب : أن يكون بسبب شراء هذا الحق منفرداً من غير أن يكون ضمن عقد معاوضة وهو مبنى على أساس أنه حق مالى يمكن تقومه عندهم ووافقهم على ذلك الشافعية .

وأيضاً أن يلتزم به صاحب العين متبرعاً لآخر بعقد إعارة إذ التبرعات ملزمة عندهم خلافا لغيرهم ومرجع هذا ما سبق بيانه .

حقوق الارتفاق
٨٠ — **حقوق الارتفاق وهل يصح إنشاء غيرها:** الحقوق التى تكلم عنها الفقهاء والتى وجدت من قبل هى حق الشرب والمجرى والمسيل والمرور والتعلى والجوار فقط فلم يتعارف الناس قديما على غيرها ، ولم يرد فى كتب الفقهاء ما يدل على إحداث مرافق سواها .

هل يصح إنشاء حقوق أخرى
لكن إذا جدت مع تجدد الزمن بعض الحقوق الأخرى وأراد المتعاقدون إدخالها ضمن عقود معاوضاتهم وكان العرف يجيز ذلك فهل يجوز أم أن حقوق الارتفاق انحصرت فى الأنواع المذكورة وإليك أقوال الفقهاء :

الأحناف
أما الأحناف : فقد حددوا حقوق الارتفاق بما ذكر فقط وقالوا إنه لا يجوز إيجاد حقوق غيرها ومنعوا إنشاء شىء آخر من الحقوق غير هذه لا بعقد معاوضة ولا على وجه التبرع لأن المنافع والحقوق ليست بأموال عندهم — فلا يصح أن تكون محلا للمعاوضة استقلالا — أما إذا دخل هذا الحق فى العقد تبرعا. فمثل هذا التبرع يعتبر إعارة وهى لا تفيد التزاما فيصح له أن يرجع فى إعارته. مع أن حقوق الارتفاق ثابتة دائمة لا يملك معطيها الرجوع فيها .

المالكية
أما المالكية : فقالوا إن المالك حر فيما ينشىء على عقاره من حقوق لعقار غيره وأن الحقوق لم تكن محصورة فيما سبق ذكره . فإذا كان لشخص قطعة أرض معدة للبناء بجوار داره فباعها واشترط على المشترى أن يبنى بارتفاع معين أو أن يترك من ناحيته مسافة محددة وقبل المشترى تم العقد وكان الشرط صحيحاً نافذا . وسواء أكان هذا الشرط فى مقابلة مال إن كان عقد معاوضة . أم لا يقابله شىء بأن كان الملتزم متبرعاً فهو سواء فيهما والشرط صحيح ونافذ وينشىء حقاً للآخر . أما إذا كان تبرعا فهم يرون أن المتبرع يلتزم بتبرعه سواء أكان الحق مؤبداً أم مؤقتاً . وإذا كان معاوضة فصحيح لأنه حق متقوم بمال عندهم .

أحمد بن حنبل
ولعل هذا هو مذهب أحمد بن حنبل أيضاً الذى الأصل عنده الإباحة فى العقود ، وفى إنشاء أى شرط يرغب فيه المتعاقدان ما دام هذا الشرط لم يصطدم بما يجعله محظوراً .

وأخيراً فإننا نجد القانون الوضعي المصرى فى مادتيه ١٠١٧ ، ١٠١٨ اتجه هذا الاتجاه ، ولعل ما ذهب إليه مالك فيه خير ورحمة وتوسعة على الناس وإليك الشركات التى تنشىء شروطا فى عقودها عند تقسيم أراضيها لبيعها للبناء أو للزراعة تكون سبباً فى المحافظة على النظافة والرونق . واتساق الأراضى والبنيان .

ما يمتاز به حق الارتفاق

٨١ – خواص حق الارتفاق :

(١) لا يكون إلا على عقار فلا يكون فى المنقول .

(٢) لا يبطل بإبطال صاحب الرقبة التى عليها الحق بخلاف الشخصى فإنه يملك إبطاله إذا كان سببه الإعارة كما سبق بيانه .

(٣) هذا الحق لا يمنع صاحب العين التى عليها الحق من الانتفاع بملكه

(٤) هذا الحق دائم لا ينتهى ولا يزول إلا للصالح العام . فلا يجوز تأقيته عند الأحناف وإن جاز تقييده بالصفة والمكان اتفاقاً .

(٥) هذا الحق يرفع من قيمة العقار صاحب حق الارتفاق ويخفض من قيمة العقار الآخر الذى عليه الحق .

(٦) يكون دائماً تابعاً للعقار وينتقل معه من يد إلى يد سواء أكانت يد مشترى أم موصى له أم وارث أم مستأجر إلى غير ذلك . فهو لهذا يورث حتى عند الأحناف لتعلقه بالعقار دون الأشخاص .

وإليك تفصيل الكلام عن كل حق من حقوق الارتفاق السابق ذكرها .

الشرب الشفه

٨٢ – أولاً حق الشرب : الشِّرب :– عرفه أهل اللغة بأنه الحظ والنصيب من الماء اللازم للرى والإنبات قال تعالى : (هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) فهو بهذا المعنى يشمل حق شرب الإنسان والدواب ويسمى (حق الشفه) كما يشمل رى الأرض وإنبات النبات .

وعرفه الفقهاء : بأنه حق الشُّرب والسقى . وهو بهذا التعريف يكون قد شمل أيضاً الشرب : باعتبار أنه يطلق على النصيب اللازم من الماء لإنبات النبات وريه .

والشفة : باعتبار أنه يطلق على حاجة الإنسان إلى الماء لشربه وشرب حيوانه وانتفاعه المنزلى وعلى كل فحق الشرب يتعلق بالمياه — والماء باعتبار مكان جريانه يختلف من ناحية الإباحة اختلافاً يتغير معه الحكم فى حق الشرب ولذا قسمه الفقهاء إلى ثلاثة أنواع (١)

تعلقه بالماء

أقسام الماء من ناحية الإباحة والحظر

أنواع المياه بالنسبة لهذا الحق :—

(١) ماء مباح إباحة عامة فيثبت فيه لكل فرد حق الشرب والشفه.

(٢) ماء مباح إباحة خاصة تقتضيها الضرورة فيثبت فيه حق الشفه فقط .

(٣) ماء محظور لا يباح مطلقاً إلا بإذن خاص أو بالثمن .

ماء الأنهار والترع العامة حق الناس فيه

القسم الأول الماء المباح أباحة عامة :

الماء المباح إباحة عامة هو الذى لا ملك فيه لأحد ولا يجرى فى ملك أحد كالأنهار والترع العامة . وهذا يكون لكل فرد الحق فى الانتفاع بمائه والأخذ منه لشربه وشرب دوابه ولقضاء حاجياته المنزلية ولسقى أرضه وإروائها وإنبات نباته بشتى الطرق لا يحد من سلطانه شىء إلا القواعد العامة لمنع الضرر . وقد وضعت الدولة النظم التى تكفل هذا وتنظم انتفاع الناس . وكان الفقهاء يقولون إن المياه توزع بينهم بنسبة الأرض أو بعدد الأيام أو بمقدار الفتحات والأصل فى هذه الإباحة ما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم « الناس شركاء فى ثلاثة الماء والكلأ والنار » ، وأنه « نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه » فالاستثناء فى الحديث يدل على أن المراد بالماء فى الحديث السابق الماء غير المحرز .

وإصلاح المجرى الذى تجرى به المياه العامة يكون على بيت مال المسلمين (٢)

---

(١) قسمه صاحب البدائع إلى أربعة أنواع واعتبر الآبار والعيون نوعاً مستقلا عن الجداول والترع الخاصة . راجع حـ ٦ ص ١٨٨ وراجع أيضاً المغنى لابن قدامه حـ ٥ من ص ٥٣٠ إلى ص ٥٣٨ ، تكمله فتح القدير المسمى نتائج الأفكار حـ ٨ ص ١١٤ وما بعدها .

(٢) البدائع حـ ٦ ص ١٩٢ .

« الخزانة العامة » فإذا لم يوجد مال فى الخزانة العامة لإصلاح هذا المجرى ولم يتمكن ولى الأمر من جمع مايدرك به إصلاح المجرى قبل استفحال ضررها كان له أن يجبر الناس على إصلاحه لأن فى إصلاحه محافظة على الصالح العام وفى تركه ضرر بالجميع .

القسم الثانى الماء المباح إباحة خاصة :

ماء الجداول الخاصة والآبار

الماء الذى يجرى بالمجاري الخاصة أو ينبع ويتفجر من عيون خاصة كالآبار . فإذا كان لشخص ضيعة واختط بها جدولا خاصا ليصل ماء الترعة العامة أو النهر العام إلى أرضه وزراعته فإن هـــذه المياه العامة بعد دخولها فى المجرى الخاص خرجت عن إباحتها الأصلية وصارت خاصة بصاحب المجرى ينتفع بها كيف يشاء . ولما كانت حاجة الناس إلى الشفه ماسة ومتكررة وكان الإنسان فى تنقلاته وأسفاره لايستطيع التزود بالقدر الكافى من الماء لحاجته وحاجة حيوانه وأتباعه جعل الشارع للناس حق الشفه على هذا النوع من الماء دون حق الشرب . ومع هذا فعند الضرورة فقط . ولما كان أصل الماء قبل جريانه فى الملك الخاص مباحا إباحة عامة ، ولما كانت المياه فى المجرى الخاص ما زالت متصلة بالمجرى العام لأنها تتجدد بجريانها ، ولما كانت هذه المجاري لم تتخذ لإحراز الماء وحفظه ولكنها أعدت لإمرار الماء فيه وإجرائه به . كل هذا أوجد شبهة الإباحة فى الماء ولذا ترتب عليه حق الشفه لحاجة الناس إليه دون حق الشرب . ومن حق الناس أن يطلبوا إلى مالك المجرى أن يخرج إليهم الماء ليستوفوا حقهم فى الشفه ، أو أن يأذن لهم بالدخول فى أرضه فإن أذن لهم وجب عليهم المحافظة على الحواف التى لهذه المجارى إذ فى تخريبها أضرار بصاحبها والضرر مرفوع . فإذا أصيبت هذه المجرى بتلف ناشىء من استيفاء أصحاب الشفه حقهم لزمهم كريه وإصلاحه وإلا فعلى مالك المجرى أو ملاكها إن كانت شركة حسب سهامهم . أما إذا منع صاحب المجرى من لهم حق الشفه من الدخول فى أرضه

يثبت فيه حق الشفه فقط

صاحب الجدول أو البئر إما أن يخرج لهم الماء أو يدخلهم

أو إخراج الماء إليهم فإن كان يمكنهم الوصول إلى هذا الماء من طريق عام وصلوا إليه منه ، وإلا فإن أمكنهم الوصول إلى ماء آخر من المياه العامة وصلوا إليها ، وإلا فإذا تعينت هذه المياه أجبره الحاكم على أن يخرج لهم حاجتهم من الماء أو يأذن لهم بارتياد الماء بل قال بعض الفقهاء إن لأصحاب حق الشفه — هنا إذا خشوا على أنفسهم الهلاك ولا سبيل إلى الوصول إلى ماء غير هذا — أن يصلوا إلى حقهم ولو باستعمال السلاح ، وروى(١) ، فى ذلك أن قوما وردوا ماءا فسألوه أهله فمنعوهم . فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب ، وقالوا : إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تنقطع من العطش . فقال لهم عمر رضى الله عنه هلا وضعتم فيه السلاح .

عند الضرورة وامتناع صاحبه يقاتل لاستيفاء الشفه

٨٣ — هل يباع هذا الحق أو يورث أو يؤجر : أما الإرث فقلنا من قبل أن جميع حقوق الارتفاق تورث بالاتفاق لتعلقها بالعقار وانتقالها معه وكذا فإنها تباع وتؤجر تبعاً للعقار اتفاقا يقول صاحب البدائع(٢) ، « ولو باع الأرض مع الشرب جاز تبعاً للأرض ولا يدخل الشرب فى بيع الأرض إلا بالتسمية صريحاً أو بذكر ما يدل عليه . . . ولا تجوز أجارته مفرداً لأن الحقوق لا تحتمل الأجازة على انفراد كما لا تحتمل البيع وكذا لا يصلح ثمنا فى البياعات ، ولا أجرة فى الأجارات ولو استأجر أرضاً ولم يذكر الشرب أصلا فالقياس أن لا يدخل فى عقد الأجارة كما فى البيع . وفى الاستحسان يدخل تحت أجارة الأرض من غير تسمية نصاً لوجودها دلالة لأن الأجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب » .

انتقاله بالارث بيعه استقلالا

من هذا نعلم أن الأحناف لا يجيزون بيعه ولا تأجيره استقلالا لأنها منافع والمنافع ليست بأموال . والمذاهب الأخرى على جواز بيعه استقلالا تبعاً لقاعدتهم من أن المنافع والحقوق تعتبر أموالا .

---

(١) البدائع حـ ٦ ص ١٨٩ .

(٢) البدائع حـ ٦ ص ١٨٩ ، ١٩٠ .

وذهب بعض فقهاء الأحناف إلى الاحتكام إلى العرف فإذا كان العرف يجيز بيعه استقلالا كان ذلك وإلا فلا ، وقالوا إنه قد تعارف بيع وتأجير حق الشرب والمرور دون حق المسيل .

القسم الثالث الماء المحظور على غير صاحبه

الماء المحرز

وهذا هو الماء المحرز فى الأوانى والأنابيب والصهاريج . فهو ملك خاص لصاحبه لا حق لأحد فيه لأن الماء وإن كان مباحاً فى الأصل لكنه قد تملكه بالإحراز الفعلى ملكا تاماً إذ هو مال مباح سبقت يده إليه . يقول عليه السلام « من سبقت يده إلى مال مباح فهو له » ، فأصبح بحيازته وإحرازه مالا مملوكا وقد أعدت هذه الآنية أو الأنابيب لحفظه . ويقول صاحب البدائع[1] « ويجوز له بيعه كما جرت العادة فى الأمصار وسائر الأعصار من غير نكير . فلم يحل لأحد أن يأخذمنه فيشرب من غير إذنه »

يؤخذ منه للشفه عند الضرورة بالثمن

غير أنه لما كان الماء فيه حياة الإنسان يقول الله تعالى « وجعلنا من الماء كل شىء حى » فإنه إذا انقطع الماء عن بعض الأشخاص وامتنع عليهم الوصول إلى أى مورد مباح إباحة عامة أو خاصة ، وكان فى الماء المحرز ما يفيض عن حاجة صاحبه جاز للشخص الظمآن الذى يخشى على نفسه الهلاك أن يأخذ من الماء المحرز لكن بالثمن ولو جبراً عن محرزه مادامت الشروط السابقة قد تحققت لكن لا يصل إلى حد استعمال السلاح لأنه لا شبهة له فى هذا الماء

ويقول صاحب البدائع « ولو خاف شخص الهلاك على نفسه من العطش فسأله فمنعه فإن لم يكن عنده فضل فليس له أن يقاتله أصلا لأنه لا يصح أن يدفع الهلاك عن نفسه بإهلاك غيره وإن كان عنده ماء فضل عن حاجته فللممنوع أن يقاتله ليأخذ منه الفضل لكن بدون سلاح »

وفى الواقع أن هذا النوع من الماء لا دخل له هنا ولم يذكر إلا لبيان أقسام الماء فقط. هذا هو حكم الفقه أما القانون فإن المادة ٨٠٦ تشير إلى أن اللوائح

---

(١) حـ ٦ ص ١٨٨ .

نظمت الانتفاع بالمياه العامة كما أن المادة ٨٠٨ من القانون المدنى وما بعدها تناولت الكلام عن مياه الجداول والآبار بما لا يبعد كثيرا عن كلام الفقهاء .

المجرى

٨٤ — حق المجرى : هو حق يثبت لجلب الماء الصالح لاستيفاء حق الشرب. وهذه المجرى فى الغالب تكون ملكا لصاحب الأرض التى تمر بها المجرى كما يصح أن تكون ملكا لصاحب الحق فمثلا قطعة أرض زراعية بعيدة عن مجرى المياه العامة وثبت لها حق إجراء الماء إليها فى مجرى الغير من القديم أو كانت تروى منها من زمن بعيد مع جهل السبب أو تكون هذه المجرى نفسها قد تملكها صاحب الأرض البعيدة لإجراء الماء فيها .

فليس لمن تمر هذه المجرى فى أرضه على كلتا الحالتين أن يمنع جريان الماء فيها أو ينقلها من جهة لأخرى أو يغير فى وضعها إلا بإذن من صاحب الحق

الضرر الذى ينشأ عن جريان الماء

لكن من حقه أن يلزم صاحب حق المجرى إزالة الضرر الذى يصيبه بسبب نز الماء المتلف لزراعته أو جداره وإصلاح ما عساه أن يحدث من تلف لحواف المجرى إذ الغنم بالغرم(١) كما له أن يمنع صاحب الحق من أن يمر على حافة المجرى إلا بنفسه فقط للإشراف على الماء وإصلاح المجرى أما إذا منعه أيضاً من ذلك لزمه هو أن يقوم بالإصلاح الذى تتطلبه(٢) المجرى ويكون فى هذا الحال صاحب الحق غير ضامن لما يحدث من إتلاف بسبب مرور المياه . وليس من حق صاحب المجرى بالتالى أن يغرس على حافة المجرى زرعا أو شجرا .

إذا كان المجرى مشتركا

وأخيراً فإذا كان حق المجرى هذا مشتركا فليس لأحد الشركاء سَكْرُه عنهم ليصل الماء إليه إلا باذن باقى الشركاء ويقسم الماء بين أصحابه بنسبة الأرض أو بمقدار الفتحة « الكوة » ومن حق من كانت أرضه مرتفعة إذا

---

(١) البدائع حـ ٦ ص ١٩١ .

(٢) راجع فتح القدير حـ ٥ ص ٥٠٥ .

لم يتمكن من رفع الماء إلى أرضه أن يستعمل آلة فى رفعه لاستيفاء حقه (١) وإصلاح حواف المجارى الخاصة وتطهيرها إلى غير ذلك .

السيل يأخذ حكم المجرى

٨٥ — حق المسيل : هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو بعد استعماله لتصريفه فى المصرف العام سواء أكان ظاهرا أم فى باطن الأرض بواسطة أنابيب ، وسواء أكان متخلفاً عن أرض زراعية أو دار أو مصنع ، وقد يكون هذا المجرى الذى تصرف فيه هذه المياه خاصاً فى ملك أحد أو عاماً فى ملك الدولة وهو بالتالى يأخذ حكم حق المجرى لا فرق إلا أنه يصح إبطاله للصالح العام إذا كان قذرا وضارا بالصحة .

٨٦ — حق المرور : هو أن يكون للإنسان حق المرور إلى ملكه عن طريق ملك الغير سواء فى ذلك أن يكون الطريق عاماً مملوكا للجميع أم خاصا به وآخرين أم يخص للغير دونه وقد ثبت له فيه هذا الحق .

الطريق العام

(١) الطريق العام : وهذا حق ثابت للناس جميعا على السواء غير أن لأصحاب العقار المتصل به أن يفتحوا عليه ماشاءوا من فتحات دون اعتراض من أحد سواء أكانت لم يسبق إحداثها ، أم كانت ، ولكنها تنقل من جهة إلى جهة أخرى . أو تجدد . لكن هل لأحد من أصحاب العقار المتصل بالطريق العام أو من غيرهم أن يحدث شيئاً فى نفس الطريق؟ . إذا أحدث شيئا من ذلك بأن أنشأ صاحب عقار ميزابا يصرف على الطريق العام مباشرة . أو أنشأ مظلة أو خرج ببنائه فى الطريق العام أو أحدث شرفة خارجة به أو أبرز من حانوته بضاعة فى الطريق كما يحدث الآن فى المقاهى أو عند تجار العطارة والبقالة وغيرهم . فإن كان فى شىء من هذه التصرفات مايضر بالطريق أو يضيق من سعته جاز لأى فرد منعه ومخاصمته لأن الطريق مرفق عام . الناس جميعا أصحاب حق فى كل جزئية من جزئياته فيكون لكل فرد حق المخاصمة من أجله لأنه يخاصم عن حق له . أما إذا كانت تصرفات لا يظهر منها ضرر ولا تعتبر

استعماله لغير ما شرع له

التصرفات التى فيها إضرار به

---

(١) البدائع ح ٦ ص ١٩٠ .

تصرف لا ضرر فيه رأى غير الأحناف

مضيقة للطريق جاز له أن ينشىء ما يريد وليس لأحد حق الاعتراض (١) عليه ولا يتوقف عمله على استئذان ولى الأمر . هذا عند غير الأحناف

محمد بن الحسن

أما الأحناف : فإن محمدا بن الحسن منهم يتجه مع أئمة المذاهب الأخرى ويرى أنه لا ضرورة لاستئذان الامام ما دام التصرف لا يترتب على فعله ضرر أو تضييق، وحق الارتفاق به مشروع للجميع فلو جلس شخص فى طريق عام متسع لبيع بضاعته « كالبائع المتجول » الذى يرتب بضاعته للعرض فى الطريق فإن هذا لا يزحم الطريق ولا يضر بالمارة .

رأى أبى حنيفة

وأما أبو حنيفة : فإنه يرى ضرورة الإذن لأن الناس يختلفون فى اعتبار التصرف ضارا أو غير ضار فمنعا للخلاف والتنازع اشترط استئذان الامام لإحداث أى شىء بالطريق العام حتى لو كان غير ضار . فإذا تم عمله من غير إذن . جاز لكل إنسان منعه أو نقضه إن كان قد تم عمله إذ الطريق مشاع للجميع والأصل عند الإمام فى هذا الحظر فى الابتداء والانتهاء .

رأى أبى يوسف

وأما أبو يوسف :فاشترط لإحداث شىء من ذلك الإذن قبل العمل، أما إذا تم إحداث ما أحدثه فعلا من غير إذن من الوالى ، ومن غير اعتراض من أحد جاز وليس لأحد الحق فى نقض ما أتمه . ولا فى مخاصمته ما دام قد تم إحداثه ولم يظهر منه أضرار بالطريق . إذ الأصل عند أبى يوسف الحظر ابتداء فإن تم فعله من غير اعتراض من أحد ، ومن غير إذن فيكون قد انتفع بمباح من غير الأضرار بأحد وعلى ذلك فقاعدة أبى يوسف الحظر ابتداء

---

(١) راجع فى هذا فتح القدير لكمال بن الهمام حـ ٥ ص ٥٠٥ . المبسوط حـ ٢٧ يقول الإمام السرخسى فى ص ٦ . «ومن أحدث فى الطريق ما يتضرر به المارة أو يحول بينهم وبين المرور فى الطريق الذى هو حقهم فهو ضامن لما أصابهم من ضرر » ويقول فى ص ٧ « وإلقاء التراب فى الطريق واتخاذ الطين فيه بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة . فيضمن ما يحدث عن ذلك من أضرار . . وهذا كله فى طريق هو للعامة » ويقول فى ص ٩ « وهواء الطريق كأصل الطريق حق للمارة» منقول بتصرف .

والإباحة انتهاء ، وقاعدة الإمام الحظر فى الابتداء والانتهاء ، وقاعدة محمد بن الحسن الإباحة لا الحظر (١)

وقد نظم ولى الأمر استعمال هذه الحقوق بماله من سلطة تقييد المباح للمصلحة العامة فسن لوائح ونظما تجعل أنه لابد لإحداث أى مرفق فى الطريق واستعماله لغير المرور من ترخيص ولعل القانون فى هذا يساير الإمام فيما ذهب إليه لأنه بمثابة استئذان ابتداء .

الطريق الخاص

٢ — الطريق الخاص : وهو ما كان لفرد أو أكثر حق المرور فيه بنفسه فقط أو بدوابه وأتباعه سواء أكان صاحب حق المرور مالكا فيه أم كان مملوكا لصاحب الأرض التى يخترقها الطريق . ولأصحاب العقار المتصل به إحداث وتجديد وتعديل وتغيير ما يشاءون من أبواب ونوافذ على الوجه المتعارف سواء بأنفسهم أو بمن يخلفهم من وارث أو مشترى ما دامت هذه التصرفات مما شرع

---

(١) راجع الفتح القدير للكمال بن الهمام ﺟ ٥ ص ٣٠٥ وكذا العناية بهامشه ، والبدائع ﺟ ٦ ص ٢٦٤ ، ٢٦٥ وراجع أيضا تبيين الحقائق للزيلعى « باب ما يحدثه الرجل فى الطريق ﺟ ٦ ص ١٤٢ (ومن أخرج إلى طريق العامة كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو دكانا فلكل نزعه) أى لكل واحد من أهل الخصومة مطالبته بالنقض . والكلام فى هذه المسئلة فى ثلاثة مواضع هل يحل له إحداثه فى الطريق أم لا والثانى فى الخصومة فى منعه من الإحداث فيه ورفعه بعده والثالث فى ضمان ما يتلف بهذه الأشياء . . . فإن كان الإحداث يضر بأهل الطريق فليس له ذلك فإن كان لا يضر لسعة الطريق جاز له احداثه فيه ما لم يمنع منه . وعلى هذا القعود فى الطريق للبيع والشراء يجوز إن لم يضر بأحد وإن أضر لم يجز لما قلنا — وأما الخصومة فيه فقال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع سواء أكان فيه ضرر أم لا ما دام لم يستأذن الامام — وأبو يوسف يرى أنه لكل أحد أن يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لأنه بعده صار فى يد خاصة والذى يخاصمه بعد ذلك يريد إبطال يده الخاصة من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متعنتاً ولا كذلك قبل الوضع

وعلى قول محمد ليس لأحد أن يمنعه قبل الوضع ولا بعده إذا لم يكن فيه ضرر بالناس لأنه مأذون له فى إحداثه شرعا ألا ترى أنه يجوز له أحداث ذلك إذا لم يمنعه أحد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما لو أذن له الإمام بل أولى لأن إذن الشارع أحرى وولايته أقوى فصار كالمرور حتى لا يجوز لأحد أن يمنعه منه)

الطريق من أجلها أما التصرفات التى لم يشرع الطريق من أجلها ، كإحداث ميزاب يصرف الماء على الطريق فلا بد لفعله من إذن الباقين لأنه كالملك المشترك . وحتى مع هذا فالإذن عند الأحناف كما سبق ذكره تبرع لا ينتج إلزاما . فإذا أذن أحدهم ومنع الآخر كان من حقه أن يمنع وإذا أذنوا جميعا ثم مات أحدهم أو باع كان من حق الوارث أو المشترى نقضه .

وبالتالى فليس لأحد غير أصحابه أن يفتحوا عليه فتحات أو يحدثوا به شيئاً إلا بإذن أصحابه على الوجه السابق . حتى لو كانت دورهم متصلة بالطريق .

حق الناس جميعا فيه

لكن مع كل هذا فليس من حق أصحاب الطريق الخاص سده أو إزالته ما دام قد تعلق به حق العامة فى المرور به واللجوء إليه وقت الزحام . أما إذا كان عند إنشائه من الأصل قد وضع عند فتحته ومنفذه باب يغلق فلا يدخل منه إلا أصحاب الطريق أو من يأذنون لهم ، فإن حق العامة لا يتعلق به حينئذ ويجوز لأصحابه إزالته فى أى وقت .

العلو والسفل

٨٧ — حق التعلى : هو أن يكون لإنسان الحق فى أن يعلو بناؤه بناء غيره على وجه الاستقرار والدوام بقى أو تهدم كل منهما ، فإذا كان لإنسان دار — فيها أكثر من طابق واحد ثم باع لشخص آخر ما فوق الطابق الأول واحتفظ لنفسه بالأرض وبناء السفل أو باع الأرض وبناء السفل واحتفظ لنفسه بما فوق السفل . والسقف دائماً يكون تابعاً للطابق الذى من تحته وليس لمن يعلوه سوى حق الانتفاع به والاستقرار عليه وعلى ذلك يمكن أن يكون فى المنزل الواحد أكثر من مالك واحد ولا تعتبر الدار بينهم شركة ولكنه جوار بينهم ، غاية الأمر أنه جوار رأسى لا أفقى — فليس لأحدهم أى ملك فى الطابق المملوك لغيره . وليس لأصحاب العلو أى ملك فى الأرض التى عليها البناء ولا فى السقف الأسفل . غاية الأمر أن لكل منهم حق الارتفاق على الآخر كما قلنا وحق كل منهم مستقر دائم . ولذا جعل الأحناف للعلو حكم العقار مع أنه مجرد بناء .

هل يباع العلو المقام قبل البناء أم بعده

هذا إذا كان البناء قائماً فعلا أما إذا لم يكن هناك بناء مطلقا أو كان هناك بناء طابق واحد فقط وأراد صاحب الأرض أو صاحب الأرض والطابق أن يبيع حق التعلى فهل يجوز ذلك ؟.

قواعد الأحناف

قواعد الأحناف السابقة تمنع ذلك لأن حق التعلى مجرد حق فقط . وهو ليس بمال عند الأحناف ولا يباع استقلالا عندهم إذ لا يمكن أن يقابل بمـال . وعلى هـذا فلا يصح أن يباع حق التعلى من غير وجود بناء العلو بالذات وبالتالى لا يصح بيع العلو مع عدم وجود بناء مطلقاً .

رأى غيرهم

وغير الأحناف ممن يعتبرون هذا الحق مالا يجيزون بيعه استقلالا ، فيباع الحق إذا من غير وجود بناء مطلقاً ، ومن غير أن يوجد بناء الطابق الثـانى مع وجود الأول لـكنهم يشترطون منعاً للجهالة المفضية إلى المنازعة أن ينص فى العقـد على السفل إذا كان قائما وتذكر مساحته وأوصافه . حتى يتبين المشترى للعلو المقدار الذى يتم عليه التعاقد ويكون على علم بقوة البناء ومقدار احتماله . وعلى هذا لو اشترى شخص علوا على سفل دار ثم تهدم ذلك العلو أو هدمه صاحبه وباع هذا الحق لأجنبى أو لصاحب السفل فلا يجوز ذلك عند الأحناف لأنه ليس بمـال ويجوز عند غيرهم .

بيع حق التعلى بعد هدمه

تصرفات كل من صاحب السفل والعلو فى بنائه

إذا تم لـكل من صاحب السفل وصاحب العلو ملـكه أصبح لـكل منهما حق ارتفاق على عقار الآخر يقيده فى تصرفاته فليس لأحدهما أن يعمل فى بنائه ما يضر ، أو ما يتسبب عنه الإضرار ببناء الآخر . أما التصرفات التى ليست فيها ضرر مطلقاً . فلـكل منهما أن يحدثها بمحض اختياره وكامل حريته لـكن إن كانت التصرفات ضررها غير ظاهر ولـكنه محتمل . فيختلف فيها رأى الإمام وصاحبيه تبعا لقاعدة كل منهم السابق ذكرها . هل الأصل فى التصرفات التى ضررها غير ظاهر الحظر فى الابتداء والانتهاء كما يقول الإمام أو ابتداء فقط كما يقول أبو يوسف ؟ أم هى مباحة حتى يثبت الضرر كما يقول محمد بن الحسن ؟

إذا انهدم السفل وما عليه من علو من غير اعتداء أحد فلا ضمان لأحدهما

هدم البناء وانهدامه

على الآخر . غير أنه إذا أعاد صاحب السفل بناء سفله فبها ، وإلا جاز لصاحب العلو لما له من حق إقامة علوه أن يعيد السفل بإذن من صاحبه ، ويعود عليه بما أنفق لأنه وكيل عنه بتوكيل مستمد من الإذن ، وإن أقام السفل مستمداً الإذن من القاضى صاحب الولاية . فكذلك يرجع عليه بما أنفق لأنه يعتبر وكيلا عن صاحب السفل أيضا بتوكيل مستمد من الإذن الصادر له ممن له الولاية العامة فى رفع المظالم .

أما إذا كان الهدم نتيجة اعتداء، فان المعتدى يضمن إعادة ما تهدم ، فإذا كان المعتدى صاحب السفل . فان كان الاعتداء على العلو فقط ضمنه ، وإن كان الاعتداء على السفل فإن العلو يتبعه لا محالة ، فيضمن ، ولزم إعادتهما . وإذا كان المعتدى هو صاحب العلو . فان كان اعتداؤه على علوه فقط فالراجح من أقوال الفقهاء أن صاحب السفل لا يلزمه بشىء لأنه لا يتأثر من إزالة العلو . غير أن بعض الفقهاء يقولون بأن له أن يلزمه إعادة البناء لأنه يقيه حرارة الشمس ، وماء المطر . وإن كان اعتداؤه على السفل أيضا ألزم بإعادة السفل اتفاقا وأما العلو ففيه الخلاف السابق .

يورث

هذا الحق يورث كما قلنا من قبل سواء أكان تابعا للعقار أم مستقلا ، حتى عند الأحناف الذين لا يعتبرون الحق مالا ، وقد أبنا ذلك من قبل .

حق الجوار

X ٨٨ — حق الجوار : الجوار يكون جانبيا وهذا هو الأصل فيه ، ويكون رأسيا كما سبق فى التعلى فإذا كانت حائط مشتركة بين دارين متجاورتين فإن كل دار منهما تعلق بها حق فى هذا الجوار ، وتكون تصرفات كل منهما فى الجوار مقيدة لتعلق حق الآخر بها .

إذا كان بين الجارين حد مشترك

أما إذا لم يكن بين الدارين أى شركة فهل يكون لكل منهما حرية التصرف فى ملكه كيف يشاء ؟ أم للجار على جاره من الحقوق ما يكفل له الحد من تصرفاته ؟ .

حق الجار يلزم مراعاته ديانة فقط

قال الفقهاء إن للجار على جاره من الحقوق الأدبية والخلقية ما يجعله ملزما بالمحافظة عليه وعلى أمواله وحقوقه . وعلى ذلك فليس للجار أن يتخذ

من داره مصنعا تنبعث منه رائحة كريهة أو يحدث صوتا مزعجا أو هزات قد توهن الجدران وتقلق السكان . أو يفتح نافذة على ملك جاره أو يقيم بناءاً يمنع الضوء والهواء عن جاره . لكن هل يمنع الإنسان من هذا قضاء أم ديانة ؟ المتقدمون من الأحناف ومعهم الشافعى وأحمد : على أن القياس لايمنع المالك من التصرف فى ملكه كيف شاء ، وحق الجار عليه لا يحدمن تصرفه فى ملكه فله أن يتخذ منها مصنعا أو متجرا أو مسكنا وله أن يحفر فيها ما شاء من حفر وآبار إلى غير ذلك من سائر التصرفات ولا يمنع من ذلك بقوة القضاء . لكن من الناحية الخلقية فإنه يجب عليه أن يحافظ على إحساس جاره وشعوره ويعمل على راحته وإكرامه فإن خالف فلا سلطان لأحد عليه فى الدنيا وحسابه على ذلك عند الله .

المتأخرون من الأحناف والمالكية يلزمونه قضاء

والمتأخرون من الأحناف ومعهم الإمام مالك تخلفوا عن القياس فى هذا الحكم واستحسنوا أن يلزم الجار بالامتناع عن عمل فيه إيذاء وإضرار ببناء جاره ، أو براحته وخصوصا أن الناس ساءت أخلاقهم وتركوا ما أمرهم به الدين من مراعاة الجار فوجب إلزامهم بهذا قضاء ، وألزم بنتيجة فعله وإزالة ما ينتج عنه الضرر — ويقولون ينبغى الرجوع إلى ولى الأمر واستئذانه فى التصرف الغير معتاد لاحتمال وجود ضرر منه بالجار ويردهنا الخلاف السابق هل الأصل الحظر أم الأصل الإباحة .

ولعل التشريع الوضعى اتجه هذه الوجهة فى المادة (٨٠٧) من القانون « على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار » وقد نظمت الدولة ما أشار إليه متأخرو الأحناف والمالكية بلوائحها وقوانينها .

وبذا انتهى الكلام عن الملكية الناقصة تفصيلا ، ونبدأ الكلام بالتفصيل عن أسباب الملكية التامة . وقد قلنا من قبل أنها إما نتيجة ١ — الاستيلاء على المال المباح ٢ — أو الشفعة ٣ — أو الميراث ٤ — أو التعاقد .

٨٩ — أسباب الملكية فى القانون :

نظرة الفقه الاسلامى والتشريع الوضعى لأسباب الملكية

هذه هى أسباب الملكية التامة فى الفقه الإسلامى « أما التشريع الوضعى فقد زاد سبباً آخر : التملك بمضى المدة الطويلة على وضع اليد على كل شىء

ليس مملوكا أصلا لواضع اليد . وهو طبعاً غير وضع اليد على الشيء المباح الذي هو الحيازة . لكن الفقهاء أخيرا قالوا بعدم سماع الدعاوى التي تظهر حيليتها واعتبروا ادعاء شخص ملكيته لشيء مضى عليه في يد غيره زمن طويل من غير أن يدعيه مع الإنكار وعدم العذر المانع من الادعاء والتمكن. وعليه العمل الان في المحاكم الشرعية المادة ٣٧٥ من القانون رقم ٩٨ سنة ١٩٣١ : « القضاة ممنوعون من سماع الدعاوى التي مضى عليها ١٥ سنة مع تمكن المدعي من رفعها وعدم العذر الشرعي في عدم إقامتها إلا في الإرث والوقف فإنه لا يمنع من سماعها إلا بعد ٣٣ سنة مع التمكن وعدم العذر الشرعي له ، وهذا كله مع الإنكار للحق في تلك المدة » .

مضى المدة على وضع اليد

أما الميراث[١] فموضع دراسته في غير هذا العام وأما الاستيلاء على المال المباح ، فسنفصل الكلام عنه في الكتاب الثالث وأما الشفعة فقد أفردنا لها الكتاب الرابع ثم نخص للعقد بعد ذلك الكتاب الخامس من هذا المؤلف.

---

(١) الميراث . وهو أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان من أموال وحقوق مالية وما عليه من ديون في حدود تركته عند وفاته . ويقول الفقهاء الوارث خليفة المورث فيما ترك عند وفاته من أموال أو ديون ولا يثبت حق الوارث في إرث التركة إلا بعد تجهيز الميت وسداد دينه وتنفيذ وصيته في الحد الجائز شرعاً .

الكتاب الثالث

الاستيلاء على المال المباح

القسم الأول

طرق حيازة الماء والصيد

الفصل الأول

الحيازة. خواصها حيازة الماء والكلأ والنار

الحيازة سند الملكية فى المباح

٩٠ — **الحيازة**: وهى وضع اليد على الشىء المباح وهى سبب فعلى منشىء للملكية فى الشىء المباح فالحيازة للشىء المباح تكون سند الملكية، ومنها يخرج الشىء المحاز عن إباحته العامة التى كان عليها من قبل ويضمن بالاعتداء عليه لأنه قد أصبح بحيازته مالا متقوما. يقول عليه السلام: «من سبقت يده إلى مال مباح فهو له».

الحيازة سبب فعلى منشئة للملكية

المال المباح: ما ليس مملوكا لأحد، ويصح الانتفاع به على وجه شرعى حال السعة والاختيار كما يصح تملكه لأى شخص يسبق فى الاستيلاء عليه وإحرازه فسبق اليد فى الاستيلاء هو أساس الحيازة، التى هى أساس الملكية. ولذا كانت الحيازة سبباً فعليا لإثبات الملكية فلا تتوقف على أهلية واضع اليد فتثبت بها الملكية سواء أكان الحائز صبياً غير مميز أم كان مجنوناً أم معتوها.

والسمكة فى الماء مال مباح فبصيدها خرجت عن كونها مباحة ودخلت فى ملكية صائدها، وكذلك الغزال فى الصحراء، والطير فى الهواء ما دام لم يدخل فى ملك أحد فهو مباح تثبت الملكية فيه لحائزه، ولذا كانت الحيازة منشئة للملكية لا ناقلة لها كما فى أسباب الملك الأخرى.

٩١ — **خواص الحيازة**:

١ — سبب منشئ للملكية. إذ أن الملكية لم ترد عليه قبل الحيازة وإنما كان مالا مباحا قبلها. خواص الحيازة

٢ — سبب فعلى . تتم الملكية فى المحاز عليه بمجرد حيازته فهو يصح من فاقد الأهلية كالصبى والمجنون .

٣ — لا يرد إلا على الأموال المباحة فلا تتم الملكية بالاستيلاء على ما كان مملوكا للغير ولو مجهولا مهما مضت المدة أو طال الأمد[1] خلافا للقانون الوضعى الذى يثبت الملكية بوضع اليد المدة الطويلة[2] .

٤ — لا تثبت بالحيازة إلا الملكية التامة للشىء رقبة ومنفعة .

ما هو المباح — ٩٢ — **المال المباح وطرق حيازته** : كل ما خلقه الله لينتفع به الناس على وجه معتاد وليس فى حيازة أحد مع إمكان حيازته . فيكون حيوانا بريا وبحريا ، ويكون نباتا حشائش وأعشابا وحطبا ، ويكون جمادا أرضا مواتا وركازا (٢) ونارا وماء .

طرق حيازته — ولكل نوع من المال المباح طريق للاستيلاء عليه ، وحيازته . فالماء يكون بوضعه فى الأوانى والأنابيب والصهاريج مع قصد التملك ، والحشائش بحشها ، والحيوان بحريا وبريا باصطياده باليد أو بآلة ، والأرض الموات بإحيائها وإعدادها للإنبات ، والركاز بالعثور عليه .

حيازة الماء — ٩٣ — **حيازة الماء** : فالماء فى المجرى العام شركة عامة ، وفى المجرى الخاص

(١) فالمال المملوك لشخص تبقى ملكيته ثابتة مستقرة لا تزول إلا بسبب من الأسباب السابقة فلو وجدت شيئاً مملوكا وتجهل شخص مالكه فهو أمانة فى يدك عند الأحناف . أما غير الأحناف فإن اللقطة عندهم تنتقل ملكيتها إلى الملتقط على تفصيل و شروط موضعها كتاب اللقطة فى كتب الفقه .

(٢) فقد جاء فى المادة ٩٦٨ « من حاز منقولا أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو حاز حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصا به كان له أن يكسب ملكية الشىء أو الحق العينى إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » . وجاء فى المادة ٩٦٩ « إذا أوقعت الحيازة على عقار أو على حق عينى عقارى وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة فى الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات » .

وفى المادة ٩٧٠ فى جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة ولا حقوق الإرث إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة » . هذا وقد تناول القانون الحيازة فى المواد من ٩٤٩ إلى ٩٨٤ .

٣ — الأرض الموات هى التى لا مالك لها ، ولا ينتفع بها أحد .

الركاز — المعادن التى توجد فى باطن الأرض وتكون جزءاً منها .

المملوك للأفراد يثبت فيه للناس حق الشفه ، وفى الأوانى والأنابيب إذا قصد بوضعه إحرازه والاحتفاظ به فيخرج عن إباحته ويصير ملكا خاصا بمالكه .

أما إذا وضع إنسان آنية أو صهريجا فى فناء داره أو سطحها أو على حافة حقله لا بقصد إحراز الماء ولكن لشيء آخر ولم يكن قريباً منها فتساقط المطر وامتلأ الصهريج أو الاناء من ماء المطر . فهنا لا يصير الماء محازا فإذا أخذ منه شخص فلا يعتبر متعديا ولا يضمن . أما إذا كان صاحب الآنية بجوارها أو حضر إليها قبل أن يأخذ منها أحد أو كان وضعها بقصد إحراز الماء فيها عند المطر ثم أراد شخص أن يأخذ من الماء فمنعه صاحبه كان من حقه أن يمنعه لأنه بهذا يكون قد استولى على الماء استيلاء حقيقيا وقصد تملكه ، وبهذا يدخل فى حيازته فيضمن من اعتدى على الماء بعد ذلك .

حيازة الكلأ

٩٤ — **حيازة الكلأ** : الكلأ نبات لا ساق له ينبت من غير إنبات ولا يكون مقصودا من استثمار الأرض وهو الحشائش التى تظهر فى الأرض يقول صاحب البدائع (الكلأ اسم لحشيش ينبت من غير صنع العبد (١)) ، وهى مباحة للجميع إباحة عامة إن كانت فى الصحارى وتكون كالماء فى الأنهار العامة وإن كان الكلأ فى أرض خربة مملوكة وقد نبتت من غير سقى أحد لها ولا إنبات . فالكلأ مباح لكن الأرض الخربة غير مباحة لأنها مملوكة ومثله كمثل الماء فى الآبار والجداول الخاصة وصاحب الأرض لا يعتبر محرزاً لها إلا بحشها وقطعها .

وإن كانت الأرض قد أعدت للانبات والزرع قال بعض متأخرى الأحناف إذا سقاه وقام عليه ملكه . أما كتب ظاهر الرواية فهى على أنه مباح إلا إذا قطعه فيملكه بالاحراز كالماء المحرز يقول صاحب كتاب البدائع (٢) والصحيح هو جواب ظاهر الرواية لأن الأصل فيه الاباحة

---

(١) البدائع حـ ٦ ص ١٩٣

(٢) البدائع حـ ٦ ص ١٩٣ .

للحديث : « الناس شركاء فى ثلاثة الماء والكلأ والنار » .

أما الحطب والقصب : فليسا من الحشائش لأنها من المنافع المقصودة ، والأرض تستثمر بما ينبت فيها من حطب وأمثاله . فحطب القطن وقصب الأذرة يطلب ضمن المحصول ، فهى فى الأرض الخاصة تعتبر محازة بمجرد وجودها فيضمن المعتدى عليها(١) .

حيازة النار

٩٥ — **حيازة النار** : النار جوهر مضئ دائم الحركة علوا . فإذا كانت مشتعلة فى شىء مباح ، كالأعشاب وأخشاب الغابات أو أى مادة مشتعلة من غير أن يحرزها أحد فهى مباحة إباحة عامة جسمها ولهبها ، وإن كان الوقود — المادة المشتعلة — مملوكا لشخص فهى مباحة إباحة خاصة لأى فرد أن يأخذ من لهبها وأن يستفيد من دفئها وضوئها ما دامت فى مكان عام ، وإلا فلا بد من الاستئذان من صاحبها لأنها تعتبر محازة وتزول عنها الإباحة الواردة فى الحديث .

---

(١) البدائع حـ٦ ص١٩٤ «فليس لأحد أن يحتطب من أجمة رجل إلا بإذنه لأن الحطب والقصب مملوكان لصاحب الأجمة ينبتان على ملكه وإن لم يوجد منه الأنبات أصلا بخلاف الكلأ فى المروج المملوكة لأن منفعة الأجمة هى القصب والحطب فكان ذلك مقصوداً من ملك الأجمة فيملك بحكمها ولو أن بقاراً رعى بقرا فى أجمة مملوكة لإنسان فليس له ذلك وهو ضامن لما رعى وأفسد بخلاف الكلأ . والدليل على التفرقة بينهما أن الكلأ لايجوز دفعه معاملة ويجوز دفع الحطب» نقل بتصرف.

الفصل الثانى

حيازة الصيد

٩٦ — **الصيد وطرق الاستيلاء عليه**: يطلق الصيد ويراد به الاصطياد. وهو اقتناص الحيوان المباح الذى لامالك له باليد أو بآلة، كما يراد به. كل حيوان لا مالك له يمتنع على الإنسان لطيره أو فراره أو غوصه فى الماء. والذى يعنينا فى دراستنا هو ما يتعلق بالصيد من ناحية حيازته وتملكه، فسوف لا نتعرض له من ناحية إباحة صيده وتحريمه، ومن ناحية حل أكله وحرمته[1]. والاصطياد: سبب منشىء للملكية لأن به يصير الصيد محازا — معنى الصيد

ويتم الاصطياد باليد أو بالآلات، وتثبت به الملكية بالاستيلاء الحقيق، أو الحكمى غير أن الملكية لا تستقر وتبقى إلا إذا أصبح الاستيلاء حقيقياً. — الاستيلاء الحقيق

والاستيلاء يكون حقيقيا: بأمساك الصيد باليد، أو بقرب الصائد منه فى مصيدته بحيث لو مدإليه يده لأمسكه فإذا أمسك شخص طائرامباحا بيده — أوكان الصيد فى مصيدته وكان الصائدقريباً منه بحيث لو مد إليه يده لأمسكه من غير مهارة — والأول إمساك باليد فعلا والثانى إمساك بالقوة لأنه ليس بممتنع عليه. — تثبت الحيازة وتنشأ الملكية وتستقر باتفاق الفقهاء من غير حاجة إلى نية وقصد.

والاستيلاء الحكمى: مايتم بواسطة الآلة وحدها ويخرج الصيد بها عن مناعته وحالته الطبيعية. والملكية فيه وإن كانت تثبت بمجرد وقوعه فى الآلة وخروجه عن طبيعته فى الفرار. إلا أن هذه الملكية لا تستقر إلا بالاستيلاء الحقيق وهو أن يأتى الصائد ويأخذ الصيد بيده، أو يكون قريباً منه بحيث يكون الصيد فى متناول يده وغير ممتنع عليه. — الاستيلاء الحكمى

فإذا وقع صيد — فى آلة صنعت للاصطياد ووضعت بقصد الصيد سواء

---

(١) راجع مقدمات ابن رشد حـ ١ ص ٣١٨ وراجع ابن عابدين حـ ٥ ص ٣٣٢ إلى ٣٣٤

أكانت ملكه أم كانت ملك غيره إذ العبرة بمن باشر السبب ووضع الآلة للصيد (١) أو وقع الصيد فى آلة صنعت للصيد ووضعت لا بقصد الصيد ولا بقصد أى شيء ولكن لمجرد الإيداع والحفظ أو وقع فى شيء ليس من آلات الصيد ولكن الصائد قصد بوضعه الاصطياد (٢) — فإن هذا الصيد المصيد فى الآلة تثبت ملكيته لصاحب الآلة بمجرد وقوعه فيها وتبقى ملكيته ثابتة مابقى الصيد خارجاً عن طبيعته ومناعته غير أن هذه الملكية لا تستقر حتى يستولى الصائد على الطير بيده ، أو يحضر إلى الآلة ويكون قريباً منها بحيث يكون الصيد فى متناول يده من غير استعمال آلة أخرى فإذا حضر إلى هذه الآلة شخص آخر قبل أن يصل إليه واضع المصيدة . ثم جاء واضع الآلة وتنازعاه فالصيد لواضعها . لأن الصيد قد خرج عن مناعته وطبعه وامتنع عليه الفرار وهو فى الآلة ، ولأن واضع الآلة فى سبيل الاستيلاء عليه استيلاء حقيقياً بعد أن استولى عليه بواسطة الآلة التى أعدها للصيد والتى يعتبر بها مستولياً إستيلاء حكميا . أما إذا وقع الصيد فى الآلة ولم يخرج عن طبيعته . فلم يجرح ، أو لم يغلق عليه فيها واستطاع أن يتخلص من الآلة بسهولة . فأخذه آخر فهو لمن أخذ .

ما لا تثبت به الملكية مطلقاً

أما إذا استولى على الصيد بواسطة آلة صيد وضعها بقصد شيء آخر غير الحفظ كشبكة وضعها بنية التجفيف . أو بغير آلة صيد ولم يقصد الاصطياد

---

(١) البدائع ﺣ ٦ ص ١٩٣ .

(٢) راجع الفتح للكمال بن الهمام والعناية بهامشه ﺣ ٦ ص ١٩١ « ولا يجوز بيع السمك فى الماء . فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما أن يكون أعدها لذلك أو لا فإن كان أعدها لذلك فما دخلها ملكه وليس لأحد أن يأخذه ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لأنه مملوك مقدور التسليم وإن لم يكن يؤخذ إلا بالحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقب البيع — وإن لم يكن أعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها الا أن يسد الحظيرة إذا دخل فحينئذ يملكه . . . الخ

وإنما وقع الصيد فيها من نفسه . فإنه فى هاتين الحالتين لا يعتبر مستوليا عليه ولا تثبت بهذا ملكية ابتداء. وذلك: لأنه فى آلة الصيد لما نوى بها شيئاً آخر غير الصيد «التجفيف مثلا» فإنه قد أخرجها بهذا عن كونها آلة صيد (١) ، وأما فى الآلات التى هى ليست من آلات الصيد فلأنه لم ينو بها الاصطياد وهى ليست آلة صيد (حتى نقول إن تخصيصها أصلا للصيد يغنى عن اشتراط نية الصيد إذ النية كأنها مستمرة وموجودة حتى تصرفها نية أخرى كالتجفيف مثلا) ويكون الصيد فى هاتين الحالتين لمن سبقت إليه يده (٢) .

٩٧ — *خواص الاستيلاء الحقيقى والحكمى*: الحقيق : لا يحتاج إلى نية مطلقا ، ويثبت به الملك ويستقر ، ولا يخرج عن ملك صاحبه . والحكمى . يشترط أن يكون بآلة صيد لم يقصد بها شيء آخر ، أو بغير آلة صيد ولكن قصد بها الصيد ، والملكية تثبت به ابتداء من وقت وقوع الصيد أو إصابته وتبقى ملكيته قائمة طالما امتنع عليه الفرار وخرج عن طبيعته حتى تستقر بالاستيلاء الحقيق ، فإذا رجع الطير إلى مناعته وقوته وفرَّ من الآلة قبل أخذه أو الاقتراب منه يرجع مباحاً كما كان . خواص الاستيلاء الحقيقى والحكمى

٩٨ — *فرار الصيد وتركه* : لو استولى شخص على صيد وأصبح فى يده واستقرت ملكيته (سواء أكان مستوليا عليه أصلا استيلاء حقيقيا أو استيلاء حكميا ثم انقلب إلى حقيقى) ثم فر الصيد بعد ذلك فأمسكه آخر ونازعه الأول فى ملكيته . كل يعتبر نفسه مالكا . فالصيد للأول لأنه تملكه وحازه بالاستيلاء واستقر فى ملكه بالاستيلاء الحقيقى . والفرار لا يسقط الملكية ولا يعيد عليه الصيد إلى الإباحة هذا هو رأى الأحناف ، وقاسوا الحكم فى هذه المسألة على الحكم فى مسألة شرود البعير . فرار الصيد من من صائده

---

(١) الفتح حـ ٥ ص ١٩١ ، ص ١٩٢ (نصب الشبكة للصيد فتعلق بها صيد ملكه فلو نصبها ليجففها من بلل لا يملكه وهو لمن يأخذه إلا أن يأتى صاحب الشبكة فيأخذه فيحوزه

(٢) البدائع حـ ٦ ص ١٩٣

رأى المالكية

أما المالكية: فيفرقون بين ماإذا بقى الصيد فى حوزة صائده مدة استأنس فيها وخرج عن طبيعته ثم فر بعد ذلك . وبين ما إذا فر منه فى الحال . ففى الأولى . يفر وهو على ملك صاحبه . فإذا أمسكه آخر فإن كان قد بقى فاراً زمناً عاد فيه إلى وحشيته وطبيعته فهو لصائده الأخير وإلا فهو للأول . وفى الثانية يكون حينما فر عاد إلى إباحته الأصلية وهو لمن يصطاده بعد (١) .

ترك الصيد اختيارا

أما إذا ترك الصائد الصيد اختياراً : إذا اصطاد شخص طائراً مباحاً أو ظبياً واستقرت ملكيته له بالاستيلاء الحقيقى ثم تركه اختياراً . فانطلق فى الفضاء أو الصحراء . فاستولى عليه آخر ونازعه الأول ففيه خلاف ؟

الأحناف

فبعض الأحناف ، والشافعى وأحمد : على أنه لصائده الأول لأنه لايخرج من ملكه لأن رفع اليد لايقتضى زوال الملك ، ويجب أن يرد إليه عند طلبه ولا شىء للثانى ، على تفصيل فى ذلك وبعض الأحناف والمالكية : على أنه يخرج من ملك الأول بتركه له ويعود مباحا كما كان فيكون بعد ذلك ملكا لمن استولى عليه .. وقد تكلم الفقهاء عن هذه الجزئية كثيراً(٢) ولعل التشريع الوضعى قد اتجه إلى ما ذهب إليه الامام مالك راجع المادة ٨٧١ بفقرتيها .

مالك

أمثلة فى الصيد

٩٩ — تطبيق فى الصيد[٣] : ١ — وضع الصائد شبكة الصيد. فتعلق بها صيد فجاء شخص آخر وأخذه وتنازعا ؟ : الشبكة من آلات الصيد . فإن قصد بها الصيد أو لم يقصد أى شىء سوى حفظها . فالصيد له حتى لو لم يكن واضع الشبكة قريباً منها بحيث يكون الصيد فى متناول يده . مادام الصيد قد خرج عن مناعته وطبيعته لكن إذا تخلص الصيد من الشبكة وعاد طليقاً فأخذه الآخر من الفضاء فهو للآخر .

---

(١) راجع البدائع حـ ٦ ص ٢٠٣ ومنح الجليل حـ ١ ص ٥٨٥

(٢) راجع الحموى على الأشباه حـ ٢ ص ١٠٥ ففيه تفرقة بين ما إذا كان تركه ليتملكه شخص معين أو جماعة معينة فهى لمن عينهم وبين ما إذا تركه ليتملكه من يشاء أو لم يقل شيئا عند تركه فأن الصيد باق على ملك صاحبه

(٣) راجع البدائع والفتح الموضع السابق فيهما

أما إذا وضعها بقصد التجفيف من الماء. فالصيد لأول مستولى عليه لأن الصائدلما نوىعند وضع الشبكة التجفيف أخرجها عن كونها آلة للصيدوعيّن قصده باستعمالها لشىء آخر غير الصيد.

٢ — جلس شخص فى داره ومعه آخر فدخل عليهما ظبى مباح أو طائر مباح فأسرع صاحب الدار وأغلق الباب والنافذة ليمنع الصيد من الخروج ويستولى عليه فسبقه الآخر وأمسكه وتنازعا . ؟ فالصيد لصاحب الدار لأنه نوى الصيد بأغلاقه المنافذ .

٣ — مرّ شخص فى الخلاء فوجد طائراً على غصن شجرة فاستطاع أن يستولى عليه بيده ثم استطاع الطير أن يفر من صائده بعد ذلك ، ويرجع إلى الفضاء ثم أمسكه شخص آخر ونازعه الأول ؟ فهو للأول عند الأحناف لأن فراره لا يسقط ملكه ، وخالفهم المالكية وقالوا إذا كان الصيد قد فر قبل أن يستأنس عند صائده كما فى المثال فانه يفر ويعود مباحاً ويكون لأى شخص يستولى عليه . أما إذا استأنس عند صاحبه ثم فر فهو لصاحبه .

٤ — أعد شخص مكاناً فى حافة الماء ليصطاد منه السمك . فدخل فيها سمك ثم انحسر الماء عن المكان المعد وبقى به بعض السمك . وأصبح فى متناول يد الرجل أن يأخذه بسهولة ولا يستطيع السمك أن يعود إلى الماء فجاء آخر وأخذ سمكة منه على أنه مباح وتنازعا ؟ . فالسمك لمن أعد المكان لأنه يعتبر المكان آلة صيد قد أعدها . والسمك فى الآلة فعلا وقد خرج عن طبيعته . بل قد أنقلب الاستيلاء إلى حقيقى لقربه منه وكون السمك فى متناول يده وتستقر بذلك ملكيته .

٥ — ذهبت وصديقك إلى الخلاء ومع كل منكما كلبه المعلم للصيدفأرسلت كلبك خلف ظبى رأيته فأدركه وأصابه بما يمنعه من الفرار . ثم أرسل الآخر كلبه فأحضر الظبى الجريح وتنازعتما الظبى ؟ فهو لك لاستيلائك عليه استيلاء حكمياً بجرح كلبك له جرحا منعه من الفرار فثبتت بذلك ملكيتك فيه . وبقيت الملكية ببقاء الصيد جريحاً ممنوعا من القدرة على الفرار ، وقد كنت فى سبيل

الاستيلاء الحقيق عليه ، ومثل هذا لو أصبت طيراً بمقذوف ، ووقع جريحاً فى مكان بعيد فذهب كلب صديقك يحضره وعند عودته تنازعتما فهو لك لأنك باشرت السبب .

٦ — لك حديقة أعددتها للزهور والرياضة فقط لجأ النحل وتجمع فيها من غير أن تعد له شيئا وأفرز عسلا فرآه شخص قبلك وأخذ النحل والعسل وعند علمك نازعته ؟ . أما النحل فهو لمن استولى عليه أولا لأن الحديقة ليست بآلة صيد ولم يقصد صاحبها أغراء النحل . فهو فيها على إباحته الأصلية وأما العسل فهو لصاحب الحديقة لأنه وجد عنده على وجه الاستقرار والدوام (١).

٧ — خرج شخص للتريض فى الصحراء فوجد كلب صيد ، فأغراه وأرسله خلف صيد وجده . فأمسكه الكلب وأحضره لمن أغراه ، وهنا حضر صاحب الكلب ونازع الآخر فى ملكية الصيد ؟ . فالصيد لمن أغرى الكلب لأنه هو الذى باشر السبب ومثله إذا وجدت نبلا أو شبكة لآخر فاستعملته واصطدت به ثم حضر صاحب الآلة ونازعك ملكية الصيد .

---

(١) يقول صاحب الفتح (وأما النحل إذا عسل فى أرض إنسان فهو له بكل حال لأنه ليس صيدا بل قائم بأصله بأرضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك إلا بإعداد المكان لذلك) حـ ٥ ص ١٩٢

القسم الثانى

حيازه الركاز والأرض الموات

الفصل الأول

الركاز

الركاز

١٠٠ — حيازة الركاز : الركاز هو ماركزه الله فى المعادن ـ أى أحدثه فيها ـ ودفن الجاهلية فيشمل عند علماء اللغة المعادن . التى يطلق عليها اسم الفلز . وهى المعادن التى خلقها الله مع الأرض وكانت جزءا منها كما يشمل الكنوز . وهو مادفن فى الأرض من المعادن بواسطة الإنسان قبل الإسلام ،

تعريفه عند الأحناف

أما الفقهاء : فذهب أهل الرأى من فقهاء العراق ومنهم الأحناف إلى أن الركاز عام يشمل المعادن التى هى الفلز ويشمل الكنوز أيضا قبل الإسلام وبعده (١) ، وأما أهل الحديث من فقهاء الحجاز فمنهم من أطلق الركاز على

غيرهم

المعادن فقط ومنهم من أطلقه على الكنز فقط لكن الأحناف وإن أطلقوا الركاز وجعلوه شاملا للفلز والكنز إلا أنهم يفرقون بين الكنز فى دار الإسلام والكنز فى دار الحرب فيما يجب فيه لبيت المال . وقالوا إنه يجب فى الكنز الجاهلى الخمس أما الكنز الإسلامى فلقطة . وعلى كل فسواء أكان الركاز يشمل الكنز أم لا فقد فرق الفقهاء بينهما فى الأحكام .

---

(١) راجع الدر المختار (الركاز لغة من الركز أى الإثبات بمعنى المركوز وشرعا مال مركوز تحت الأرض وهو أعم من كون راكزه الخالق أو المخلوق) حـ ٢ ص ٤٧

ويقول صاحب البدائع حـ ٢ ص ٦٥ الكنز هو المال الذى دفنه بنو آدم فى الأرض أو المعدن وهو المال الذى خلقه الله تعالى فى الأرض يوم خلقها والركاز اسم يقع على كل واحد منها إلا أن حقيقته للمعدن واستعماله للكنز مجازا)

ويقول السرخسى فى المبسوط حـ ٢ ص ٢١١ والركاز يتناول الكنز والمعدن جميعاً لأنه عبارة عن الإثبات .

أنواع الفلز

X ١٠١ — **أنواع المعادن التي يشملها الركاز** : ١ — صلب قابل للطرق والسحب والانطباع بالنار كالذهب والفضة والنحاس والحديد .

٢ — صلب لا يقبل شيئاً من ذلك ولا تتغير هيئته كالماس .

٣ — سائل كسائر الزيوت الباطنة ومنها البترول .

لمن تثبت حيازته للمالك. للباحث للدولة

X ١٠٢ — **حيازة الركاز والفلز** : الفقهاء في الفقه الإسلامي قد اختلفت وجهات نظرهم في حيازة هذه المعادن ، ولمن تثبت الحيازة هل لمالك الأرض التي وجدت بها باعتبار أنها جزء من الأرض . أم لواجدها لأنه هو الذي باشر السبب وأن باطن الأرض ليس على ملك أحد أم هي ليست لهذا ولا لذاك وإنما هي لبيت المال .

رأى الأحناف : — ١) يرى الأحناف أنه إذا كانت هذه المعادن قد وجدت في أرض مملوكة للأفراد والشركات كانت تابعة للأرض لأنها من أجزائها وما داموا قد ملكوا الأرض فظاهرها وباطنها سواء .

رأى الأحناف أنها لمالك الأرض أو لواجدها إن كانت أرضاً مواتا

٢) وإن كانت من أملاك الدولة الخاصة كانت المعادن التي بها ملكا للدولة .

٣) وإن كانت في أرض موقوفة كانت تابعة للوقف .

٤) وإن كانت في أرض موات فهي لأول مستولى عليها لأنها تصير مباحة تبعاً لإباحة أصلها .

رأى الشافعية والحنابلة : — لعل الشافعية والحنابلة لا يذهبون بعيداً عما ذهب إليه الأحناف . فقد قالوا : إن كانت المعادن في أرض مملوكة فهي لمالكها ،وإلا فهي لمن سبق في الاستيلاء عليها .. لكن ابن قدامة ينقل عنهما رواية فيها وجهة نظر المالكية لا الأحناف (١) .

الشافعية والحنابلة

---

(١) المغني جـ ٥ ص ٥٢١

رأى المالكية أنها للدولة مطلقا

أما المالكية : فنظرتهم تختلف عن نظرة الآخرين (١) فإنهم يعتبرون المعادن بأنوعها الثلاثة ملكا للدولة ، ولصالح المسلمين جميعاً ، دخلت فى ملكيتهم يوم فتحهم هذه الأرض أو يوم دخولها فى حوذة الدولة الإسلامية لأن المعادن جزء من الأرض ، وقالوا سواء فى ذلك ما إذا كانت المعادن فى أرض مملوكة لمالك معلوم أو مجهول أو غير مملوكة لأحد وعللوا رأيهم بأن هذه المعادن وإن كانت من الأرض وجزءاً منها إلا أنها لا تملك بامتلاكها لأن القصد من تملك الأرض استعمالها للزرع أو البناء أما ماخفى فى باطنها من معادن فهى لم تكن معلومة ولا مقصودة للتملك وقت التملك وما دامت المعادن لم تدخل فى ملك أحد وبقيت على ملك الدولة حتى رغم ملكية الأفراد للأرض . فإن ولى الأمر يتولاها ويديرها لصالح المسلمين عامة بأى طريق يراه بشرط أن تبقى على ملك الدولة فليس لولى الأمر كما يرى المالكية. أن يقطع هذه المعادن بأعيانها لأحد وإنما له أن يقطع منفعتها واستغلالها لمن يرى أن مصلحة الدولة فى إقطاعها له سواء طالت المدة أم قصرت وسواء أكان ذلك نظير أجر يدفعه المستغل أم مجاناً .

يتصرف فيها الامام للمصلحة العامة مع بقاء ملكيتها

ومع هذا فقد وجد من المالكية من قال إنها تعتبر أموالا مباحة ، ومنهم من اعتبر المعادن مباحة لمالكها أو واجدها إلا الذهب والفضة . ولكن الرأى المعتمد فى المذهب هو أنها جميعها مملوكة للدولة .

السبب فى اختلاف وجهات النظر

١٠٣ منشأ خلاف الفقهاء : — وسبب خلاف الفقهاء فى أحكام المعادن بالنسبة لتملكها هو اختلاف نظرتهم فى تملك الأرض هل من تملك قطعة أرض تملكها بكل شىء فيها سواء نتج من باطنها وانفصل على وجه الاستقلال ، أم كان ذلك من ظاهرها نتيجة إنبات أو استغلال . وبذا تكون ملكيته تامة للأرض ولكل ما ينتج منها وله حرية التصرف لايحد من سلطانه أحد ، وليس للدولة عليه أى حق اللهم إلا الخمس وفى بعض الحالات هذه هى نظرة

(١) راجع الشرح الصغير للدردير وعليه حاشية الصاوى حـ ١ ص ٢٥٩ وما بعدها وراجع مقدمات ابن رشد حـ ١ ص ٢٢٤ وما بعدها فقد فصل القول فيها تفصيلا بديعا وقول لكل قول دليله .

الأحناف ومن تابعهم فى الرأى ليس بينهم خلاف إلا فى مقدار نصيب الدولة فبينما الأحناف يرون الخمس فى بعض الحالات على تفصيل يعرف فى موضعه (١) إذ بالشافعى وأحمد لايريان فيهما شيئا للدولة وإنما يريان فيها الزكاة . وعلى كل فقدقاس الأحناف ومن معهم ملكية ما فى باطن الأرض على ملكية ما فى ظاهرها وفى الواقع أن نظرة الأحناف ومن تابعهم نظرة فردية صرفة لم ينظروا فيها إلى مصلحة الجماعة ولو أخــذوا بقاعدة الاستحسان هنا لكان أفضل إذ فى الواقع أن التعاقد بين الناس على الأرض أو إحيائها لم يقصد منه وجود معادن فيها ولم يكن هذا الغرض من التعاقد أو الإقطاع (٢) . أما وجهة نظر المالكية فقد أبناها وقلنا إن الأرض تملك بقصد البناء أو الزرع والتعمير، ولا يقدر لما فى جوفها حساب فى الثمن ، ولم يقصد فى العقد . وعلى كل فنظرة الفقه المالكى فى هذه المسألة نظرة جماعية تجعل المصلحة العامة مقدمة على مصلحة الأفراد .

حصة بيت المال فى الركاز

حصة بيت المال : كلها لبيت المال كما يرى المالكية ، وفيها الخمس لبيت المال عند الأحناف إذا كانت المعادن من الصلب القابل للطرق والانطباع بالنار كالذهب والنحاس وجميع المعادن التى تتشكل بالطرق والسحب ، وبشرط أن تكون المعادن فى أرض غير مملوكة وإنما هى أرض موات. أما إذا كانت فى أرضه الخاصة فكل المعادن له ولا شىء لبيت المال عند الإمام وفيها الخمس أيضا عند الصاحبين ، وقد قلنا إن الشافعية والحنابلة يريان فيها الزكاة فقط .

---

(١) المبسوط جـ ٢ ص ٢١١ وما بعدها

(٢) ولعل من الغريب اختلاف الطرفين مع أبى يوسف فيما إذا وجد إنسان ركازا فى أرض الغير فالطرفان يريان الباقى بعد خمس بيت المال لأقصى مالك يعرف لهذه البقعة فى الاسلام وأما أبو يوسف فاستحسن أن يكون الباقى بعد خمس بيت المال للواجد نفسه ولم يفرق بين ما إذا وجده فى المفازة أو فى دار أو فى أرض لأن الواجد هو الذى أظهره وحازه والركاز مال مباح . أما وجه نظر الامام ومحمد أن المالك الأصلى تملك الأرض بالحيازة فملك ظاهرها وباطنها ثم المشترى منه يملك بالعقد فيملك الظاهر دون الباطن . كمن اصطاد سمكة فوجد بها لؤلؤة فهى له بخلاف ما إذا اشتراها . هذا ولم يكن محل بحثهم أن تكون المعادن للدولة ارجع إلى المبسوط للسرخسى حـ ٢ ٢١٤ .

الكنز الاسلامى ورأى الأحناف

١٠٤ — **حيازة الكنز** : هو ما دفن فى باطن الأرض من أموال بفعل الإنسان . وهو إما إسلامى وإما جاهلى .

الكنز الإسلامى : هو ما قام الدليل على أنه دفن بعد ظهور الإسلام . والأحناف لا يرونه مباحا يتملكه واجده ، ولكنهم قالوا : يبقى على ملك صاحبه الذى دفنه ملكا محترماً ، فلا يتملكه واجده ولا الدولة ولا صاحب الأرض طبقاً لقاعدتهم السابق ذكرها فى الصيد وهى أن رفع اليد لا يقتضى زوال الملك ، لأنه من وضع المسلم ، ومال المسلم لا يغنم ، والموجود فى باطن الأرض كالموجود على ظاهرها(١) .

وإنما يجب البحث عن صاحبه أو ورثته . فإذا لم يمكن الاهتداء إليهم أخذ حكم اللقطة(٢) فيحفظه حتى يعرف صاحبه أو يتصدق به .

الشافعى وأحمد

الشافعى وأحمد : يريان أنه عند العجز عن معرفة صاحبه أو وارثه تملكه واجده على أن يضمن إذا وجد صاحبه أو وارثه بعد ذلك .

مالك

مالك : يرى أنه عند العجز عن معرفة صاحبه أو وارثه . فهو لبيت المال إن كان فى أرض فتحها المسلمون قهراً وإلا فلواجده .

الكنز الذى قبل الإسلام

الكنز الجاهلى : ما قام الدليل على أنه دفن فى الأرض قبل الإسلام . والأحناف يرون فيه الخمس لبيت المال والباقى يملكه واجده ، والشافعى وأحمد : يريان الخمس لبيت المال إذا كان ذهباً أو فضة ، والباقى لواجده . ومالك : يعطيه حكم الكنز الإسلامى .

أما إذا لم يعرف هل هو كنز جاهلى أو إسلامى فالبعض يعطيه حكم الجاهلى لأن دفن المال فى الأرض من فعل الجاهلية ، وبعضهم يعتبره إسلاميا لتقادم الإسلام(٣) ويعطيه حكم الكنز الإسلامى أى يكون لقطة .

---

(١) المبسوط للسرخسى حـ ٢ ص ٢١٤ .

(٢) اللقطة : المال الملتقط والذى لا يعرف صاحبه . راجع فيها الجوهره على مختصر القدورى حـ ٢ ص ٤٦ والاختيار شرح المختار حـ ٢ ص ٩٥ وغيرها من كتب الفقه .

(٣) المبسوط الموضع السابق .

المعادن المعروف مكانها

X ١٠٥ — **حيازة المعادن الظاهرة** : ما تقدم كان على ما خفى فى باطن الأرض. أما المعادن الظاهرة والتى لا تحتاج فى الوصول إليها إلى مؤنة كالملح والبترول إن كان ظاهرا ، والكبريت أو المعادن التى فى باطن الأرض إن كانت ظاهرة ومعلوماً مكانها. فأن هذه وتلك لا تملك بالإقطاع فليس للوالى أن يقطعها لفرد أو جماعة إقطاع تمليك. لأن فى تمليكها لغير الدولة ما يضيق على الناس ويضر بهم. فلو تملكه أحد منعه عن الناس وإن أعطاه إياهم بعوض أغلاه فخرج عن الوضع الذى وضعه الله من تعميم المنفعة بين ذوى الحوائج.. هكذا يقول ابن قدامة. ثم يقول بعد ذلك : « إنه مذهب الشافعى ولا أعلم فيه مخالفاً(١) ».

ما فى جوف البحار

X ١٠٦ — **معادن البحر** : يوجد فى البحار غير السمك والحيوانات المائية وغير الماء نفسه معادن كاللؤلؤ والمرجان وكل حلية تستخرج منه حتى الذهب والفضة. أما الماء فقلنا الحكم فيه من قبل. وأما السمك وما كان من فصيلة الحيوانات المائية فقد تحدثنا عنها فى الصيد وقلنا إنها كلها تتملك بالحيازة، وبقى حكم هذه المعادن التى فى البحار.

فأبو يوسف من الأحناف : يعطيها حكم المعادن التى فى باطن الأرض من أنها تكون لواجدها ما دامت الأرض ليست مملوكة ولا موقوفة على أحد وأن فيها الخمس لبيت مال المسلمين لأنه غنيمة. والله يقول : « واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه » الآية. وما ذلك إلا لأن إمام المسلمين حينما فتح هذه الفتوح بقوة المسلمين تملك ما كان أعداؤهم يسيطرون عليه من

(١) المغنى حـ ٥ ص ٥٢١ وما جاء فى المبسوط حـ٢ ص ٢١٦ « ولا شىء فى القير والنفط والملح لأنها فوارة كالماء » المقصود هنا الحكم على المعادن السائلة الغير ظاهرة من الأصل. ولكن أظهرها من وجدها وفيها يقول ابن قدامة حـ ٥ ص ٥٢٢ وأما المعادن الجارية كالقار والنفط والماء فهل يملكها من ظهرت فى ملكه ؟ فيه روايتان أظهرهما لا يملكها والثانية يملكها لأنها خارجة من أرضه المملوكة له فأشبهت الزرع والمعادن الجامدة.

أرض وبحر ، لأن البحر يبسط عليه السلطان الذى يبسط على الأرض واستدل أيضاً أبو يوسف بما روى أن عمر بن الخطاب حينما كتب إليه أحد عماله فى لؤلؤة وجدت . ما فيها ؟ قال فيها الخمس .

أبو حنيفة ومحمد : يريان أن كل ما فى البحر مباح وهو لمن وجده ولا شىء لبيت المال فيه لأن مافى البحر لم يكن تحت سلطان أحد فلم يؤخذ ما فى البحر من الكفار بالغلبة أو القهر حتى يعتبر غنيمة ويفرض فيه الخمس ولما روى أن ابن عباس سئل عن العنبر فقال : « هو شىء دسره البحر لا خمس فيه ».

الفصل الثانى

الأرض الموات

الأرض التى ليس لأحد فيها ملك أو منفعة

١٠٧ - **الأرض الموات**[1]: جاء فى الصحاح أن الموات بفتح الميم ما لا روح فيه والموات أيضا الأرض التى لا مالك لها من الآدميين، ولا ينتفع بها أحد، وقد عبر القرآن عن الأرض التى لم تستغل بأنها ميتة «وأنزلنا من السماء ماء فأحيينا به الأرض بعد موتها»، «والله الذى أرسل الرياح فتثير سحابا فسقناه إلى بلد ميت فأحيينا به الأرض بعد موتها ...». وإنما سميت مواتاً لعدم الانتفاع بها فالأرض الموات لم يملكها أحد ولم تتعلق بها منفعة فرد أو جماعة لعدم وصول الماء لها أو لغلبته عليها أو لسوء تربتها، وزاد أبو يوسف ولم تكن قريبة من العمران، ووافقه على ذلك الامام أحمد بن حنبل.

إذاً لتكون الأرض مواتا لا بد من تحقق شرطين عدم ملكية أحد لها وعدم وجود حق ارتفاق عليها لأحد بأن تكون قد اتخذت مرعى أو محتطبا أو جرنا لأهل الجهة أو بها معدن ظاهر ينتفع به الناس كالملح والكبريت.

هل يشترط أن تكون بعيدة عن العمران

اكتفى بهذا محمد بن الحسن من الأحناف والمالكية لكن أبا يوسف وأحمد ابن حنبل اشترطا فوق ذلك أن تكون الأرض بعيدة عن القرية لأنها إذا كانت قريبة يحتمل أن تكون محل انتفاع لأهل القرية.

فلو كانت الأرض مملوكة ولكنه لا ينتفع بها مطلقا فلا تعتبر مواتا عند الفقهاء، ولو كانت غير مملوكة لأحد ولكن ينتفع بها أهل القرية فعلا فلا تعتبر مواتا أيضا. وإذا كانت غير مملوكة لأحد ولا ينتفع بها أحد فلا

---

(١) راجع فى هذا الباب البدائع جـ ٦ ص١٩٤ وما بعدها، نتائج الأفكار «تكملة الفتح جـ ٨ ص١٣٥ وما بعدها الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٥ ص ٣٠٢ وما بعدها، الجوهرة على القرودى جـ ٢ ص ٥٤ وما بعدها شرح الكنز للعينى جـ ٢ ص٢٧٦ وما بعدها — المغنى لابن قدامة جـ ٥ ص ٥٣٨ وما بعدها.

لكنها قريبة من العمران فهى موات عند محمد بن الحسن ومالك ولا تعتبر مواتا عند أبي يوسف وأحمد بن حنبل(١) .

حد البعد

وتعتبر الأرض بعيدة عند أبي يوسف إذا كانت تبعد عن العمران مقدار غلوة(٢) أو إذا كان من بها لا يسمع جهورى الصوت إذا صاح فى أدنى العمران منها . . . لكن أحمد بن حنبل ترك تقدير اعتبارها بعيدة أم قريبة للعرف فجعله هو الفيصل فى ذلك .

وقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة /(٨٧٤) من القانون المدنى الجديد « الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة » .

هل الأرض الموات تملك بمجرد الأحياء أم لابد من إذن ولى الأمر

١٠٨ — ما يجب لتملكها(٣) : إذا وجدت أرض غير مملوكة لأحد ولا يتعلق بها حق انتفاع لأحد وبعيدة عن العمران كما يقول أبو يوسف ، وأراد شخص إحياءها وتملكها فهل لا بد من استئذان ولى الأمر أم بمجرد وضع يده عليها وإحيائها تثبت ملكيته ؟ اختلفت وجهة نظر الفقهاء وتبعها اختلاف حكمهم :

الصاحبان وأحمد تثبت عندهم بمجرد الأحياء

فعند الصاحبين التمليك يثبت بنفس الاستيلاء على المباح ودليل هذا الاستيلاء إنما هو الإحياء لا مجرد التحجير(٤) فبمجرد الإحياء تثبت الملكية

(١) هذا وقد جاء فى تكملة الفتح على الهداية شرح البداية جـ ٨ ص ١٣٦ والموات مالا ينتفع به من الأراضى . . فما كان منها عاديا لا مالك له أو كان مملوكا فى الإسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية فهو موات . ثم قال والمروى عن محمد أنه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمى معها نقطاع الارتفاق بها . فأما التى هى مملوكة لمسلم أو ذمى فلا تكون مواتا وإذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ، وفى الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٥ ص ٣٠٢ « فلو مملوكة لم تكن مواتاً فلو لم يعرف مالكها فهى لقطة » وفى الحاشية « وعند محمد إن ملكت فى الاسلام لا تكون مواتا .ومثله فى الدرر والاصلاح والقدورى والجوهرة » وراجع أيضا الجوهرة على مختصر القدورى جـ ٢ ص ٥٤

(٢) الغلوة الغاية وهى رمية سهم أبعد ما يقدر عليه . ويقال هى قدر ٣٠٠ ذراع إلى ٤٠٠ ذراع وتجمع على غلوات . . اهـ مصباح .

(٣) راجع ابن عابدين جـ ٥ ص ٣٠٢ والاختيار شرح المختار جـ٢ ص ١٢٩

(٤) التحجير : هو مجرد وضع اليد من غير تعمير وإنما مجرد إظهار الرغبة فى الأحياء وسمى تحجيرا لأنه يقصد حجر الغير ومنعه عنها .

سواء أكان الإمام قد أذن له أم لا واستدلوا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من أحيا أرضاً ميتة فهى له وليس لعرق ظالم فيه حق » ، وحديث « من عمَّر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها » فقد أثبت الحديث الملكية لمحيى الأرض من غير اشتراط إذن الأمام، واستدلوا أيضا بالقياس وقالوا إن الأرض الموات مباح استولى عليه شخص فيتملكه بمجرد الاستيلاء من غير توقف على إذن كما لو أخذ صيداً مباحا أو حش كلأً مباحا ووافقهما الإمام أحمد بن حنبل(١) .

الأمام يثبت الملكية بالأذن والإحياء

أبو حنيفة : اشترط لتملك الأرض الموات إذن الإمام له بالإحياء فإذا وضع شخص يده على قطعة أرض موات لإحيائها ولم يأخذ إذناً من الإمام فلا تثبت له ملكية عليها حتى ولو أتم إحياءها وللإمام أن يأخذها منه أو يقطعها لغيره فى أى وقت واستدل أبو حنيفة على اشتراط إذن الإمام بالآتى : —

روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » ، والإذن هو دليل ذلك . ولأن الموات غنيمة إذ الأرض كلها كانت تحت يد أهل الحرب فكانت كلها غنائم فلا بد لتملكها من إذن الإمام كسائر الغنائم بخلاف الصيد والحشائش فإنها تملك بالاستيلاء لأنها لم تكن فى يد أهل الحرب ورجح الكمال بن الهمام فى كتابه فتح القدير (٢) رأى الإمام وقال : « إن ما استدل به الإمام مفسر لا يحتمل التأويل . أما دليل الصاحبين فيحتمل التأويل وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا بإذن الإمام » .

---

(١) راجع المغنى حـ ٥ ص ٥٤٣ ففيه يقول إن أحياء الموات لايحتاج إلى إذن الإمام

(٢) راجع حـ ٨ ص ١٣٧ . البدائع حـ ٦ ص ١٩٤ ، ص ١٩٥ وجاء بحاشية ابن عابدين حـ ٥ ص ٣٠٣ « وقال الصاحبان يملكها بلا إذن لو مسلما فلو ذميا شرط الإذن اتفاقا ولو مستأمنا لم يملكها أصلا اتفاقا. ويتفرع على هذا الخلاف لو أمر الإمام رجلا أن يعمر أرضا ميتة على أن ينتفع بها دون تملكها فأحياها لم يملكها عند الإمام لأن الشرط صحيح . ويملكها عندهما ولااعتبار لهذا الشرط إذ التمليك يتم بالإحياء نفسه : ثم يقول ابن عابدين» ومحل الخلاف بينهم إذا ترك الاستئذان جهلا . أما إذا تركه تهاونا بالإمام كان له أن يستردها زجراً اتفاقا . . وقول الإمام هو المختار »

مالك يشترط الإذن فى القريبة فقط

أما الإمام مالك ، فقد فرق بين القريب والبعيد فإذا كانت الأرض المراد إحياؤها بعيدة فهو مع الصاحبين ولا يشترط استئذانا لثبوت الملكية أما إذا كانت قريبة من العمران فوافق الإمام واشترط استئذان ولى الأمر لجواز الانتفاع بالأرض القريبة لأهل القرية أو خشية التنازع عليها ، وولى الأمر هو الذى يقدر ما فيه المصلحة (١)

الشافعى لايشترط الاذن لكن يستحسنه

الشافعى : يرى أن إذن الإمام لا يشترط للتملك كما يقول الصاحبان ولكنه يستحسنه فقط فإذا لم يحدث لا تسقط من أجله الملكية لأنها تثبت أصلا بنفس الاستيلاء .

القانون

والفقرة الثانية من المادة / ٨٧٤ من القانون المدنى الجديد تنص على أنه « لايجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقاً للوائح » ثم جاء فى هذه الفقرة الثالثة «إلا أنه إذا زرع مصرى أرضاً غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة . ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال » مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتمليك .

وعلى كل فالإحياء لابد منه للتملك عند جميع الفقهاء سواء عند من يشترط إذن الإمام أم عند من لا يشترط إذنه .

ما يتم به الاحياء

١٠٩ — **ما يتم به الأحياء** : وتعتبر الأرض الموات قد تم إحياؤها إذا أزيل منها ما كان يجعلها غير صالحة للانتفاع بها . أو أحدث بها محييها ما يجعلها محلا للاستغلال بأن يجعلها تزرع بشق الترع فيها وجلب آلات الرى إليها وحرثها وتسميدها ، أو تجفيفها وإعدادها للزرع إن كانت مستنقعاً ، أو زراعتها فعلا إن كانت أهلا للزراعة أصلا ، أو بنائها إن كانت أرض بناء ، وكل

(١) جاء بمدونة مالك حـ ٥ ص ١٩٥ « .. قال مالك إذا أحياها فهى له وإن لم يستأذن الإمام ولا يكون له أن يحيى ما قرب من العمران فإن ذلك لا يكون له أن يحييه إلا بقطيعة من الإمام » باختصار .

عمل يجعل اليد ظاهرة عليها وتصير به قرينة الانتفاع(١) ومع هذا فقال بعض العلماء إذا كانت الأرض التي يريد الشخص إحياءها محددة فلا بد من إحياء ما يزيد على نصفها لتعتبر غير موات يستوى فى ذلك ما إذا كان قد أذن له الإمام أم لا وقد حكّم ابن حنبل والشافعي العرف فى اعتبار ما فعله الشخص هل هو إحياء أم غير أحياء وهو تحكيم سديد.

التحجير

١١٠ — **التحجير**: وهو مجرد إظهار الرغبة فى الأحياء بمجرد وضع اليد من غير تعمير فإذا جاء شخص ووضع يده على أرض موات أو أذن له الإمام ثم قام بتحديد الأرض التى وضع يده عليها بوضع علامات من الحجارة أو غيرها على أركانها أو سوّرها أو أعدم بعض الأعشاب التى بها أو عمل فيها أى شيء يظهر به وضع اليد ويبين حدوده، ولا يصل إلى درجة إعداد الأرض وجعلها محلا للانتفاع. مما يسميه الفقهاء تحجيراً. فإن الشخص المحتجر لا يتملك الأرض بمجرد تحجيرها بالاتفاق سواء أكان قد أذن له ولى الأمر بالتحجير أم لا. ولكن تكون يده قد سبقت إليه والسبق من أسباب الترجيح فى الجملة ويكون أحق بها من غيره فلم يكن لمن يجيء بعده أن يزعجه عنها ولا ينبغى للإمام أن يقطعها لغيره ولكن ينتظر عليه مدة ثلاث سنوات فإن تم أحياؤها بأن جعلها صالحة للانتفاع بها قبل مضى الثلاث سنوات ثبتت ملكيته، وإلا بأن مضت هذه المدة من غير أن يعد الأرض للانتفاع

التحجير لا يكسب ملكا بل حقا

---

(١) وفى الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه « ولو كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا أو بذرها فهو إحياء » وفى الحاشية والكراب قلب الأرض للحرث، والمسناة ما يبنى للسيل لبرد الماء، جـ ٥ ص ٣٠٢ وفى الهداية « ولو كربها وسقاها فعن محمد أنه إحياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً لا احياء ولوحفر أنهارا بها ولم يسقها يكون تحجيراً وإن سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين وكذا إذا سنمها وحوطها ليعصم الماء عنها وأيضا إذا بذرها » تكملة الفتح جـ ٨ ص ١٣٩ وفى المغنى جـ ٥ ص ٥٣٨ « قال القاضى فى صفة الإحياء روايتان ١ — إعتبر تحويط الأرض إحياء لها سواء أرادها للبناء أم للزرع أم حظيرة للغنم ونص أحمد على أن الأحياء أن يحوط عليها حائطا ويحفر فيها بئرا أو نهرا ولا يعتبر فى ذلك تسقيف. ٢ — الإحياء ما تعارفه الناس إحياء لأن الشرع ورد بتعلق الملك على الإحياء ولم يبينه فيجب الرجوع فيه الى العرف. لأن الرسول لا يعلق حكما على ما ليس لمعرفته طريق فلما لم يبينه تعين العرف لمعرفته وكل شيء يختلف إحياؤه باختلاف: نوعه والغرض منه

الأرض المتحجرة يجوز إعطاؤها للغير

فلا تثبت له ملكية(١)، ويجوز نزعها منه وإقطاعها للغير سواء أكان إقطاعها أصلا بإذن من الإمام أم من غير إذن لأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج ومن ناحية الغلة والانتفاع ولأن التحجير ليس بإحياء فلا يفيد تمليكا إذ الإحياء هو التعمير والتحجير هو الإعلام لحجر الغير فبقى غير مملوك كما كان. واشترط ثلاث سنين لما روى عن عمر رضى الله عنه « ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق » ويقول صاحب العناية : اختلف المشايخ فى كون التحجير يفيد الملك فمنهم من قال يفيد ملكا مؤقتاً إلى ثلاث سنين ، وقيل لا يفيد وهو المختار وقد أشار إليه صاحب الهداية بقوله : « هو الصحيح » وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا جاء إنسان آخر قبل مضى الثلاث سنوات وأحياها فإن الملك للثانى الذى أحياها على الصحيح وعلى الرأى الآخر تبقى الملكية للأول لأن الحق يثبت له مدة ثلاث سنوات والحق الذى يثبت له فيها يكون حقاً مطلقاً ، والمطلق ينصرف إلى الكامل والحق الكامل هو الملك .

هذا وقد عرفت قبل أن القانون يسقط هذه الملكية بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك .

يقول ابن قدامة(٢) « التحجير لا يكسب ملكا لكنه يكسب حقاً فله أن يعطيه لغيره تحويلا ، وإن مات فوارثه أحق به ».

هل حق التحجير يورث

١١١ — حق التحجير والإرث : لكن حق التحجير لا يورث عند الأحناف إذ الحقوق ليست بأموال عندهم فلو حجّر شخص قطعة أرض موات بإذن من ولى الأمر أو من غير إذن وبعد مضى سنة من تحجيره لها مات قبل أن يحييها . فإن حقه فى تحجيرها يسقط ولا يورث عنه وعلى ورثته

---

(١) راجع البدائع جـ ٦ ص ١٩٥ وقد جاء فى كتاب المغنى جـ ٥ ص ٥١٩ ويصح أن يمهله ولى الأمر شهرا .

(٢) المغنى جـ ٥ ص ٥١٨ .

أن يحتجروها من جديد بأن يظهروا وضع يدهم عليها ويستأذنوا الإمام عند من يرى ضرورة إذن للتملك وإلا فللإمام أن يحجرها لغيرهم فإذا احتجرها ورثته من جديد فمدة الثلاث سنوات بالنسبة لهم تبدأ من وقت تحجيرهم وإظهار رغبتهم خلافا لقواعد من ورثوا حق التحجير فان المدة عندهم تستمر من وقت تحجير مورثهم.(١)

الضريبة التى تلزم الأرض بعد الأحياء

١١٢ — مايفرض على الأرض لبيت المال :

وعلى كل فما دامت الأرض قد تم إحياؤها وأصبحت صالحة للانتفاع بها لزمتها الوظيفة وهى الضريبة التى تفرض عليها . فان كان الذى أحياها ذمى فرض عليها الخراج اتفاقا ، وإن كان الذى أحياها مسلم . فإذا كانت الأرض من حيز الأراضى الخراجية فرض عليها الخراج وإن كانت من حيز الأراضى العشرية أخذت حكم العشرية (٢) لأن حيز الشىء يأخذ حكمه لأنه من توابعه كحريم الدار فانه يأخذ حكم الدار هذا عند أبى يوسف .

هل تعود الأرض بعد الأحياء مواتا بالتخريب

١١٣ — إذا تخربت الأرض بعد إحيائها هل تعود مواتا :

بقى أن نقول إذا حجرت الأرض وتم احياؤها وثبتت ملكيتها لمحييها على الوجه السابق بيانه . فهل إذا أهملها صاحبها وتركها تتخرب فعادت إلى سيرتها الأولى وأصبحت غير صالحة للانتفاع وبقيت على ذلك فترة . فهل

---

(١) وقد اتجه القانون المدنى الجديد إلى ما اتجه إليه مالك والشافعى وأحمد : لأن القانون يتجه إلى اعتبار كل حق يجرى بين الناس فيه التعامل ويخضع لحكم القانون هو حق مالى . ولذا فالقانون المدنى الجديد يعرف المال بأنه الحق ذو القيمة المالية سواء أكان حقا عينيا أم كان حقا شخصيا أم كان حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، وقد اعتبر الشىء هو محل الحقوق ولذلك فأحكام القانون استقرت على وراثة الحق ومنه حق إصلاح الأراضى البور لمن أذن له الإمام باصلاحها وامتلاكها بعد إحيائها فإذا مات من صدر له الإذن بالإصلاح قبل أن يصلح ويتملك فان هذا الحق ينتقل إلى ورثته راجع شرح القانون المدنى الجديد للأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى حـ ٣ ص ١٣

(٢) الخراجية هى ما فتحها المسلمون عنوة وأبقوا الأرض فى يد ملاكها أو صالح أهلها ولى الأمر على إبقائها نظير دفع الجزية ويصيرون أهل ذمة .

العشرية : هى التى أسلم أهلها ولم تفتح بالقوة والقهر « وألحق بها الفقهاء أراضى الجبال والصحراء فان سقيت بغير آلة وجب فى حاصلاتها العشر أما إذا سقيت بواسطة الآلات ففيها نصف العشر . راجع ابن عابدين حـ٥ ص ١٥٥ ، الهداية حـ٢ ص ١٣٣ والبدائع حـ٦ ص١٩٥

تعود مواتا كما كانت يتملكها من يحييها ؟ أم تبقى على ملك صاحبها أو ورثته أو على ملك الدولة ؟

إذا كان لها مالك معروف غير المالكية

(أ) فلو كان للأرض مالك معروف فالأحناف وأحمد والشافعي : على أنها تكون له لأنه مادامت ملكيتها تمت بالإحياء الصحيح فهي ملكية محترمة فتبقى على ملك صاحبها شأنها شأن الأرض التي أصل ملكيتها بعقد من العقود ولا تنتقل ملكيتها إلا عن طريق مالكها الذي تركها أو من يخلفه من وارث وذلك جريا على قاعدة الأحناف السابقة التي شرحناها عند الكلام عن فرار الصيد وتركه في القسم الأول وقالوا أيضاً إن الحديث قد خص الأرض الموات بغير المملوكة لأحد ولم يخصها بالخربة . ولأن سائر الأموال لايزول عنها الملك بالترك .

المالكية

لكن المالكية يرون أنها تعود بالترك مع التخرب وعدم العمارة مواتا كما كانت فيملكها من يحييها لأن القصد هو الإنتاج منها والانتفاع بمحصولاتها وغلتها ، ووضع الوظيفة عليها . وهي عندهم كالصيد يتركه صاحبه فإنه يرجع إلى إباحته الأصلية .

إذا لم يعرف لها مالك

(ب) أما إذا مضى عليها خربة زمن طويل وأصبح لايعرف لها مالك ولا وارث وكل مايعرف أنها كانت مملوكة في الماضي فالأصح عند (١) الأحناف ومن تابعهم أنها لجماعة المسلمين يتصرف فيها ولي الأمر تصرفه في أموال بيت المال إذ هي مستودع أموال المسلمين التي لايعرف لها وارث ولكنها لاتعود أرضا مواتا فلا تملك بالإحياء من جديد . يقول الكاساني في بدائعه : (٢) « الأرض الخراب التي انقطع ماؤها ومضى على ذلك سنون لأن الملك فيها قائم وإن طال الزمان فإذا لم يعرف لها صاحب فحكمها حكم اللقطة . » أي تحفظ حتى يظهر مالكها أو يتصدق بها على الفقراء لكن بعض متأخري الأحناف ذهب إلى أنها تكون لجماعة المسلمين كما قلنا .

الأحناف ومن معهم

---

(١) ارجع إلى ما قلناه قبل في الهوامش السابقة وارجع إلى تكملة الفتح على الهداية ج ٨ ص١٣٦ ، ابن عابدين ج٥ ص٣٠٢ الجوهرة على القدوري ج ٢ ص ٢٥٤

(٢) البدائع ج ٦ ص ١٩٣ وراجع أيضا تكملة الفتح على الهداية ج ٨ ، ص١٣٦ ، ابن عابدين ج ٥ ص ٣٠٢ الجوهرة على القدوري ج ٢ ص ٥٤

المالكية

أما الإمام مالك فخالف فى ذلك بالأولى وقال إنها تملك بالإحياء لأنها لم يتعلق بها حق واحد بعينه ولا جماعة معينين فهى والتى لم يسبق تملكها سواء وفوق ذلك فالحديث عام فلزم أن يشملها . وهو رواية عن أحمد بن حنبل أيضاً [١] .

وبهذا نكون قد انتهينا من الكلام عن الكتاب الثالث الإستيلاء على المال المباح الذى هو سبب من أسباب الملكية التامة .

---

(١) راجع منح الجليل حـ ٤ ص ٢٤ ، الشرح الكبير حـ ٦ ص ١٤٨

الكتاب الرابع

الشفعة

القسم الأول
الشفعة وأسبابها وشروطها

الفصل الأول
الشفعة ودليلها والشفيع

معنى الشفعة

X ١١٤ — *معنى الشفعة*: إذا كان لك حصة فى عقار فأنت شريك فى نفس العقار . وإن كان العقار جميعه لك ولكنك تشترك مع آخرين فى الشرب الخاص أو الممر الخاص أو المسيل الخاص فأنت شريك مع هؤلاء فى مرافق العقار لأنه وإن لم يكن هناك شركة فى نفس العقار فهناك شركة فى حقوق الارتفاق المترتبة لعقارك أو عليه ، وإن لم يكن هناك شركة مرافق بينك وبين أحد من المجاورين لك ولا اتصال سوى ملاصقة عقارك بعقار الجار فأنت جار لهم وهم جيران لك بالملاصقة . فإذا بيع شيء من ذلك فالشريك على الشيوع فى نفس العقار أحق الناس بشرائه ثم [1] الشريك فى فى مرافق العقار أحق الناس بشرائه إذا لم يوجد شريك فيه ثم الجار الملاصق أحق الناس بشرائه عند عدم وجود أحد هؤلاء . فاذا باع المالك عقاره لغير الشريك أو لغير الجار كان من حق الشريك أو الجار أن يتملك ما بيع ولو جبرا عن البائع والمشترى بما قام عليه من الثمن والمصاريف التى تكبدها المشترى فإذا فعل ذلك سمى المبيع مشفوعا فيه وهذا الشريك أو الجار شفيعا وما يتملكه الشفيع شركة مع المبيع نفسه أو شركة معه فى المرافق أو ملاصقا له يسمى مشفوعا به وكان الارتباط بين هؤلاء هو الشفعة التى هى سبب من أسباب الملكية التامة .

---

(١) على خلاف فى هذا سيأتى تفصيله

تعريفها عند اللغويين

١١٥ – **تعريف الشفعة:** الشفعة مأخوذة من الشفع وهو الزوج ضد الوتر وهو الفرد لما فيه من ضم عدد إلى عدد أو شيء إلى شيء ومنه شفاعة النبي عليه السلام لبعض المذنبين فإنه يضمهم إلى العابدين وكذا الشفيع فإنه يضم المشفوع فيه إلى ملكه (١) يقال شفع الرجل شفعا إذا كان فردا فصار ثانيا (٢) ومنه لفظ الشفاعة وقد جاء ذلك فى القرآن الكريم «له مافى السموات ومافى الأرض من ذا الذى يشفع عنده إلا بإذنه»، «من يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها ومن يشفع شفاعة سيئة يكن له كفل منها»

عند الفقهاء

وعرفها فقهاء الشريعة بأنها حق تملك العقار المبيع ولو جبرا عن المشترى بما قام عليه من ثمن بمثله إن كان مثليا وقيمته وقت الشراء إن كان قيميا مع المصاريف، وقال بعض الفقهاء (٣) الشفعة هى «تملك البقعة جبرا على المشترى بما قام عليه» وقيل: هى تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشترى بشركة أو جوار. وقيل «هى تملك العقار وما فى حكمه جبرا على مشتريه بمثل ما قام عليه ويقول ابن قدامه (٤) «هى استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه»

وعلى كل فهى حق اختيارى للشفيع يستعمله إذا أراد من غير إكراه ولا تكون إلا فى حالة نقل الملكية التامة فلا تكون الشفعة فى شيء من حقوق الانتفاع الشخصى أو حقوق الارتفاق.

فى القانون

أما فى القانون المصرى. فقد نصت المادة ٩٣٥ من القانون المدنى الجديد على أن «الشفعة هى رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال

---

(١) راجع المبسوط جـ ١٤ ص ٩٠ وتكملة الفتح جـ ٧ ص ٤٠٦

(٢) راجع رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المشهور بابن عابدين جـ٥ ص١٤٩

(٣) راجع تكملة الفتح جـ ٧ ص ٤٠٦ والعناية عليه، وراجع ابن عابدين جـ ٥ ص١٤٩ وشرح الكنز للعينى جـ٢ ص ٢٣٧ ومجمع الأنهر جـ٢ ص٤٧٢ والجوهرة على مختصر القدورى جـ١ ص٣٣٣ الدرر الحكام شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص ٢٠٨

(٤) المغنى جـ ٥ ص ٢٨٤

وبالشروط المنصوص عليها ، وقد نص فى المادة ٩٣٦ على أن حق الشفعة يثبت لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه كما أثبتت هذا الحق أيضاً لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة أو بعضها إلى غير ذلك ومنه ترى أن القانون جعلها فى حقوق الانتفاع وفى حقوق الارتفاق أيضا

الشفعة قبل الإسلام

١١٦ — **تاريخ تشريع الشفعة** : تشريع الشفعة وإن كان يعرف بأنه تشريع إسلامى إلا أنه كان العرب فى الجاهلية يعرفون شيئاً عن الشفعة فقد جاء فى لسان العرب [١] ، كان الرجل فى الجاهلية إذا أراد أن يبيع منزله أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى بالمبيع ممن بعد سببه ، وقد جاء فى شرح مواهب الجليل للحطاب [٢] ، أن الرجل فى الجاهلية كان إذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل أتاه جاره أو شريكه فشفع له فى أن يوليه إياه — أى يعطيه إياه بمثل ما أخذ — ليتصل ملكه أو ليندفع عنه الضرر حين يشفّعه فيه ، ولذا سمى شفعة . ، وفوق ذلك فقد جاءت الشرائع السابقة من النظم ما يشبه تشريع الشفعة وقد حدثنا الأستاذ الكبير الدكتور محمد كامل مرسى فى كتابه : شرح القانون المدنى الجديد [٣] بما يفيد أن الشريعة الموسوية والقانون الرومانى والقانون الفرنسى قد اشتملت على شيء من ذلك . ففى القانون الرومانى أن مالك الأرض المستحكرة له الأولوية على غيره فى تملك حق الحكر عند بيع صاحبه له ، وأن القانون الفرنسى يعطى الوارث حق استرداد ما يبيعه أحد الورثة من تركة مورثهم .

هل الشفعة تشريع استثنائى

١١٧ — **هل الشفعة تشريع استثنائى**: الشفعة وإن جاءت على خلاف الأصل فى نظرية الفقه الإسلامى للعقود — التى هى الأساس فى العقد رضاء المتعاقدين — لأن فيها تقييد لحرية التعاقد وحد من حق الملكية التامة . ألا

---

(١) جـ ١٠ ص ٥٠

(٢) جـ ٥ ص ٣١٠

(٣) جـ ٣ ص ٢٤٨

ترى أن الشفيع يتملك المبيع جبراً عن رغبة البائع . غير أن هذا الاستثناء قد جاء لأصل آخر فى الإسلام وهو قوله عليه السلام «لاضرر ولا ضرار» وبذا نرى أن تشريع الشفعة جاء متمشياً مع روح الفقه الإسلامى وكان لهذا الاستثناء سنده من مصادر التشريع . وإليك مايقوله صاحب سبل السلام (١) «قال أكثر الفقهاء إنها واردة على خلاف القياس لأنها تؤخذ كرها ولأن الأذية لاتدفع عن واحد بضرر آخر،وقيل خالفت هذا القياس ووافقت قياسات أخر يدفع فيها ضرر الغير بضرر الآخر ثم يؤخذ حقه كرها كبيع الحاكم عن المتمرد والمفلس ونحوهما » ويقول السرخسى : (٢) « وزعم بعض أصحابنا أن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة لأنه يتملك على المشترى ملكا صحيحاً له بغير رضاه ولذلك لايجوز ، ولأنه بالأخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشترى فى إبطال ملكه عليه وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بالغير . . ثم يقول : « والأصح أن نقول الشفعة أصل فى الشرع فلا يجوز أن يقال إنه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دلت على ثبوته الأحاديث المشهورة عن الرسول عليه السلام وعن أصحابه رضوان الله عليهم »

دليل الشفعة

١١٨ – *دليل تشريع الشفعة* : لم يرد فى القرآن الذى هو المصدر الأول للتشريع الإسلامى ما يدل على شرعية الشفعة لكن قدسبق أن قلنا فى القسم الثانى من الكتاب الأول إن السنة جاءت مفسرة للقرآن ومكملة له ولذا فهى مصدر مستقل للتشريع ومثّلنا هناك لذلك بالشفعة وخيار الشرط . فالشفعة إذاً أخذ دليلها من السنة كما أجمع الصحابة على مشروعيتها والعمل بها ولذا تجد أن صاحب المبسوط يقول إن الشفعة أصل فى الشرع . وبذا نجد أن الشفعة قد دل عليها أولا السنة ثانيا الإجماع وهما ما قد عرفت .

---

(١) جـ ٣ ص ٩٦
(٢) المبسوط جـ ١٤ ص ٩٠

الدليل الأول السنة: بينت السنة هذا الحق وما تثبت فيه من أموال فقد ورد الكثير من الأحاديث فى ذلك ويعنينا أن نلفت النظر إلى ماقلناه فى عصر الصحابة من أن الصحابة إنما كانوا لا يفتون إلا إجابة لسؤال أو بيانا لمسألة وكانوا فى فتواهم يقتصرون على الموضوع فقط المطلوب البيان فيه [1] ولذا تجد أنه قد روى فى الشفعة أحاديث مختلفة أضف إلى هذا ماسبق قوله من أن الصحابة كانوا يتفاوتون فى استيعاب السنة .

١ — فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم (قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) رواه البخارى

٢ — وروى أيضاً أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به » رواه مسلم والنسائى .

٣ — وماروى أن رسول الله قال : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً رواه أحمد والترمذى وابن ماجه .

وما روى عن أبى سعيد الخدرى أن النبى عليه السلام قال : « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره » .

الأجماع

ثانيا — الإجماع : فقد وجد هذا التشريع واستمر العمل به من لدن رسول الله عليه السلام حتى الآن من غير أن ينكره أحد [2] فهذا إجماع من الصحابة والتابعين والأئمة المجتهدين فى كل عصور الأمة الإسلامية على شرعية الشفعة وفى هذا يقول ابن قدامة فى كتابه المغنى [3] « قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض وحائط » .

---

(١) ارجع إلى صفحة ٢٠

(٢) جاء فى نيل الأوطار للشوكانى حـ ٦ ص ٨٠ لم يختلف العلماء فى مشروعية الشفعة إلا ما نقل عن أبى بكر الأصم

(٣) حـ ٥ ص ٤٧٢

حكمة تشريع الشفعة

١١٩ — **حكمة شرعية الشفعة** : شرعت الشفعة لأن الحاجة داعية إليها لما فيها من دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق كالمصعد والمنور فى كل حصة فرزت ، ولمنع وقوع الضرر بين الشركاء والجيران بسبب الشركة أو الجوار . فقد لا تتفق طباع الشريك أو الجار مع المشترى — الشريك الجديد — فى شركة ثابتة مستقرة وجوار دائم متصل من حيث (إعلاء الجدار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار وإيقاف الدواب والصغار ولا سيما إذا كان المشترى يضاده فى الاخلاق والعادات)(١) وقد يضطر الشفيع مع هذا إلى أن يبيع هو الآخر عقاره وقد يكون فى حاجة إليه أو استقر وعاش فيه فيبقى متضرراً بل وقد يكون فيها مصلحة للشفيع نفسه فى ضم المبيع المشفوع فيه إلى ملكه ليكمل انتفاعه ويخرج من ضيقة ويرفع عن نفسه بشرائه ضرراً أحس به طوال الشركة سواء أكان منشأ الضرر ضيق فى العقار الذى يملكه أو تجزئة ملكه الذى يرغب فى توحيده وتجميعه ، والضرر يجب أن يرفع ولهذا سنت الأحكام وشرعت الشرائع وليس هناك ضرر يعود على البائع فقد كان يقصد التخلص من عقاره ليحصل على الثمن الذى طلبه وقد توفر له هذا الغرض وألزم الشفيع بأن يأخذ المبيع بمثل الثمن وليس هناك ضرر بالمشترى أيضاً فإنه كان فى غنى عن هذا المبيع قبل شرائه وفى إمكانه أن يشترى غيره ما دام قد وجد من هو أحق به منه . بل إن فى تركه هذا المبيع وشرائه غيره أفضل له بكثير من أن يشارك ويجاور أناساً لا يرغبون فى شركته وجواره . أما الشفيع فهو الذى سيتضرر من هذا الطارىء عليه (ولا ضرر ولا ضرار) لذا شرعت الشفعة ومع هذا فهى حق ضعيف كما يقول الفقهاء .

---

(١) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٤٧٢

الشفيع

الشفيع ١٢٠ — من هو الشفيع: الشفيع هو كل من له حق طلب الشفعة ويطلب الشفعة فعلا فى المبيع وكما يكون الشفيع مسلماً يصح أن يكون ذميا سواء أ كان يشفع فى عقار بيع لمسلم أم فى عقار بيع لذمي إذ الشفعة أمر دنيوى وحق التملك على المشترى بمنزلة الشراء منه والمسلم وغير المسلم فى ذلك سواء .ألا ترى أن المسلم يشترى من غير المسلم والعكس لا فرق فى ذلك فالناس جميعاً أمام القانون الاسلامى سواء فى معاملاتهم ، ولا فرق أيضاً فى هذا بين الذكر والأنثى ولا بين الحر والمملوك والصغير والكبير والمجنون والصبى كل هؤلاء سواء فى طلب الشفعة فكل من يصح له أن يتملك يصح له أن يشفع وقد روى السرخسى فى كتابه المبسوط(١) (إن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن أرض بيعت ليس لأحد فيها شركة ولا قسم إلا الجوار فقال عليه السلام « الجار أحق بشفعته ما كان » ولكلمة ما كان معنيان أحدهما أن المراد من كان فإن ما تذكر بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما بناها وبذا يكون الحديث دليلا على أن الشفعة للذكر والأنثى والحر والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمى)

وقد روى عن شريح رضى الله عنه أنه قضى بالشفعة لذمى على مسلم فكتب إلى سيدنا عمر رضى الله عنه فأجازه وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يعترض منهم أحد فكان ذلك منهم إجماعاً على صحة ذلك القضاء.(٢)

١٢١ — هل إعراض الوصى عن طلب الشفعة يسقط حق الصغير ؟

حق الصغير فى الشفعة مع إسقاط وليه

غير أن ناقص الأهلية وفاقدها يمثله وصيه أو وليه فالصبى والمجنون ومن فى حكمها ينوب عنهم فى مباشرة حقهم فى الشفعة من يعبر عنهم ويمثلهم .فإذا

---

(١) جـ ١٤ ص ٩٣

(٢) البدائع جـ ٥ ص ١٦ وفيها يقول أيضا « وكذا الحرية والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة فتثبت للمأذون والمكاتب ومعتق البعض والنساء والصبيان والمجانين وأهل البغى لأنه حق مبنى على الملك وهؤلاء من أهل ثبوت الملك لهم .. » ، وفى المغنى لابن القدامة كلام فى هذه المسألة فارجع إليه جـ ٥ ص ٣٥٧ وما بعدها .

كان لصبي حصة في دار مشتركة بينه وبين آخر فباع الشريك حصته لغير الصبي، ولم يطلب الوصي الشفعة فيها بصفته وصياً على الصغير . فهل سقط حق الصبي في الشفعة ؟ فإذا بلغ لا يجوز له طلبها(١)

أبو حنيفة وأبو يوسف

الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف : يسقطان حق الصبي ومن في حكمه باسقاط من يمثلهم لأن عبارة الوصي كعبارة الصبي ومن في حكمه فله الحق في أن يشتري للصغير وله الحق في أن يمتنع عن الشراء ، وما طلب الشفعة إلا شراء عقار ، وهو إنما يعمل لمصلحة الصبي ومن في حكمه . وما أسقط الشفعة إلا لأنه يرى أن المصلحة في تركها والولي أعلم بما فيه المصلحة فيفوض اليه الأمر . وعلى هذا فاذا سكت الولي أو الوصي عن طلب الشفعة فلم يطلباها ولم يسقطاها فيبطل حق الصغير ومن في حكمه عند الشيخين أيضاً .

محمد بن الحسن وزفر

ويرى محمد بن الحسن وزفر . أن الوصي أو الولي لا يصح إسقاطهما الحق من في ولايتهم أو وصايتهم في الشفعة فإذا أسقطها أحدهم فعلا فالصبي ومن في حكمه على شفعته وله حق طلبها عند البلوغ واكتمال العقل . لأن الولي أو الوصي إنما ينوبان عن هؤلاء في أخذ الحق لا في تركه . فترك الشفعة أو إسقاطها لا يدخلان تحت ولايته . فحق الصبي ومن في حكمه في طلب الشفعة ثابت عند البلوغ واكتمال العقل عندهما سواء أ كان من يمثلهم أسقط حقهم أم سكت عن الطلب .

غير الأحناف

أما غير الأحناف : فيفرقون بين ما إذا كان ترك الشفعة لمصلحة الصبي ومن في حكمه أم لا فإن كان الترك لمصلحتهم لعدم وجود الثمن أو للانتفاع به في عمل أفضل أو لبيع المشفوع فيه بثمن أكثر من قيمته أو لارتفاع الأسعار في ذلك الحين أو لغير ذلك مما يكون ترك الطلب قد روعى فيه مصلحة الصغير فإن حق الصغير ومن في حكمه يسقط ، وإلا فإن كان ترك طلب الشفعة للتقصير والإهمال أو الإضرار فحق الصبي ومن في حكمه قائم وبعد فيحدثنا ابن قدامة

(١) المغنى جـ ٥ من ص ٣١٣ إلى ص ٣١٧ ، البدائع جـ٥ ص ١٦ وراجع الهداية جـ ٤ ص ٣٢ وتكملة الفتح جـ٧ ص ٤٥١

عن الولى إذا أخذ للصغير بالشفعة وكانت لمصلحة الصغير فان الملك يثبت للصغير ولا يملك نقضه بعد البلوغ فى قول أكثر أهل العلم ومنهم مالك والشافعى وأهل الرأى ومنهم الأحناف — فإن تركها الولى مع أن فيها مصلحة الصغير فللصبى الأخذ بها إذا كبر ولا يلزم الولى لذلك غرم ، وإن كانت مصلحة الصغير فى عدم أخذ الصبى المبيع بالشفعة لارتفاع ثمنه فليس للولى أن يأخذ بالشفعة لأنه لا يملك فعل ما لاحظ للصغير فيه فإن أخذ بالشفعة رغم ذلك فالشافعى ورواية عن أحمد أنه لايصح ويكون العقار باقياً على ملك المشترى وفى الرواية الثانية يصح لأن المصلحة تختلف فقد تكون مصلحة الصغير ذلك الوقت فى أخذه رغم ارتفاع السعر .

ولعل ماذهب إليه الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف هو المستحسن والأيسر على الناس فى معاملاتهم، وفيه صيانة لحق المشترى وخصوصاً أن حق الشفعة جاء على خلاف الأصل فهو حق ضعيف .

الفصل الثانى

أسباب الشفعة

هل تثبت الشفعة فى المنقول

١٢٢ — الشفعة والمنقول: اختلف الفقهاء فى السبب الذى تستحق به الشفعة أو فيما تجوز فيه الشفعة أو فيما تثبت به الشفعة فالفقهاء جميعاً عدا الظاهرية ورواية عن مالك وأحمد بن حنبل[١] — اتفقوا على أن الشفعة لا تجوز إلا فى العقار وقالوا إن سبب الشفعة هو اتصال العقار المملوك للشفيع بالعقار المبيع عند البيع . أما المنقول فلا شفعة فيه عندهم إلا بشرطين :

١ — أن يكون تابعاً للعقار ومن مستلزماته مثل البناء والشجر وآلات الرى إلى غير ذلك مما هو من مستلزمات الأرض والبناء .

٢ — وأن يكون المنقول قد تم بيعه مع العقار فى نفس العقد .

فإذا كان المنقول غير متصل بالعقار ولا من مستلزماته كالأمتعة والمفروشات والحيوانات والزرع[٢] إلى غير ذلك أو كان متصلا بالعقار ومن مستلزماته لكنه لم يدخل ضمن العقد الذى بيع به العقار وإنما بيع استقلالا فلا شفعة فيه عندهم . واستدلوا على هذا بقول النبى عليه السلام « لا شفعة إلا فى ربع أو حائط » والربع هو الدار والحائط البستان فقد نفى الحديث الشفعة فى غير هذين وهما عقار يتصل به بناء وشجر وبذا تجوز الشفعة فيما اتصل بالعقار وبيع معه .

لكن الظاهرية قد توسعوا فى تشريع الشفعة وأوجبوها فى كل شىء

---

(١) المغنى حـ ٥ ص ٢٨٩

(٢) أما إذا بيعت الأرض وبها زرع به ثمرة ظاهرة فعند أبى حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة تبعا كالبناء والغراس والشافعى يرى أنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل ويرى الحنابلة أنه لا يدخل فى البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة . راجع فى هذا المغنى حـ ٥ ص ٢٨٧ ص ٢٨٨

شائع قابل للقسمة عقاراً كان أو منقولا من أى نوع كان حيواناً أو طعاما أو متاعا . وقد جاء فى الرواية الأخرى عن أحمد بن حنبل أنه يجيز الشفعة فى كل هذا أيضاً . واستندوا إلى ماروى أن رسول الله قضى بالشفعة فى كل شىء ويحدثنا ابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين[1] إن الإمام أحمد بن حنبل سئل عن الدابة من الحيوان تكون مشتركة بين اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه منها . هل فيها شفعة ؟ فقال « الشفعة فى هذا أوكد » غير أن ابن حزم من الظاهرية وصل فى تقريره للشفعة والتوسع فى الأخذ بها إلى حد أنه يحرم على الشريك أن يبيع حصته الشائعة قبل عرضها على شريكه وجعل لهذا الشريك الحق فى إمضاء العقد أو الأخذ بالشفعة[2] وهو فى هذا يستند إلى ماروىناه عن الرسول عليه السلام « كل شرك لم يقسم ربعه أو حائطه لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه .. » هذا هو خلاصة مايراه الفقهاء فى الشفعة بالنسبة للمنقول .

الشفعة والعقار

١٢٣ — الشفعة والعقار : أما فى العقار . فإن الفقهاء جميعاً متفقون على أن الشفعة تثبت فى العقار وأن سبب الشفعة هو اتصال العقار المملوك للشفيع بالعقار المبيع عند البيع غير أنهم اختلفوا فيما يكون به الاتصال فأهل الرأى ، ومنهم الأحناف يفهمون الاتصال بمعنى أوسع مما يفهمه غيرهم لما ثبت عندهم من الأحاديث التى يؤيدها منطقهم ، بينما تأثر الآخرون بأن الشفعة تشريع استثنائى جاء على خلاف الأصل فحصروا الشفعة فى أضيق الحدود ولذا فقد أولوا بعض الأحاديث التى وردت محتملة التأويل . وإليك رأى كل فريق :

أسباب الشفعة عند الأحناف

الأحناف : يتوسعون فى إثبات الشفعة فى العقار . فهم يثبتونها فيه سواء أكان المبيع جزءاً فى عقار مشترك يقبل القسمة أم لا يقبلها[3] كما يثبتونها

(١) حـ ٢ ص ٢٥٠ .

(٢) راجع المحلى لابن حزم حـ ٩ ص ٨٢

(٣) كل مايتغير وجه الانتفاع به بعد القسمة عنه قبل القسمة اعتبر غير قابل للقسمة . راجع المغنى ص ٥ ج ٢٩٠ .

إذا كان العقار المبيع غير مشترك مع الشفيع إلا فى حق من حقوق الارتفاق بل توسعوا وأثبتوها للجار الملاصق سواء أكان جواراً رأسياً، العلو على السفل أم جانبياً فهم يرون إذاً الاتصال فى العقار المثبت للشفعة يتحقق بالشركة فى نفس العقار أو مافى حكمه [1] سواء فى ذلك مايقبل القسمة وما لا يقبلها كما يتحقق بالشركة فى مرافق العقار من شرب أو طريق أو مسيل كما يتحقق أيضاً بالجوار الملاصق واستدلوا بالآتى : —

دليلهم ١ — ما يقبل القسمة من العقار فهو محل اتفاق الفقهاء فى ثبوت الشفعة فيه لأن القسمة تفضى إلى المجاورة وإلى تفويت بعض المنافع على المقتسم ، أما الذى لا يقبل القسمة كالرحا والعين والدور الصغار والبئر والحمام فالشفعة فيه ألزم . إذ الضرر فيه آكد ، لأن الشركة دائمة ، فضرره إن حدث يكون مستمراً ولا يمكن التخلص من مضارة الشريك بالمقاسمة لأن فى قسمته تغييراً لمنفعته .

٢ — الآيات والأحاديث الواردة فى إكرام الجار والعمل على راحته كثيرة وقد يكون فى مجىء دخيل جديد يجاوره مجاورة دائمة مايضره ويؤذيه فقد لا يتفق معه فى الخلق وقد يعرف أنه لا يرعى حق الجار .

٣ — الحكم بالشفعة يثبت فى الشركة لأنها تفضى إلى ضرر الجوار فإنهما إذا اقتسما العقار المشترك تجاورا . فإذا ثبتت الشفعة فيما يخشى منه الجوار ، فثبوتها بسبب الجوار يكون أولى ، ويكون الجار أحق بها . فإما أن يقرّ المشترى على جواره ، وإما أن ينتزع الملك منه بثمنه .

٤ — ماروى « الشريك أحق من الخليط ، والخليط أحق من الجار ، والجار أحق من غيره » وقالوا إن الخليط هو الشريك فى مرافق العقار . وأخيراً فرقوا بين الجار بسبب الإجارة والجوار بسبب الملك فإن الأول جوار غير دائم ولا مستقر أما الثانى فجوار دائم مستقر . ولذا قالوا إن

---

(١) العلو على السفل يأخذ حكم العقار عند الأحناف لما له من القرار والدوام

سبب الشفعة اتصال العقار المملوك للشفيع الخ . واستدلوا بكثير غير ما ذكر كما ناقشوا أدلة مخالفيهم (١) .

أهل الحديث وأسباب الشفعة

غير الأحناف : وقال الشافعية والمالكية والحنابلة فى إحدى روايتين عنهما إن سبب استحقاق الشفعة هو اتصال الملك فى العقار المشترك على الشيوع (٢) . وخالفوا الأحناف فى الأخذ بالشفعة بسبب الجوار وشركة المرافق وفيما لا يقبل القسمة (٣) وفى العلو على السفل لأنه ليس بقعار عند الشافعي وأحمد فوق كونه غير مشترك على الشيوع . وعنـد مالك وإن كان عقاراً إلا أنه غير مشترك واستدلوا فى معارضاتهم للأحناف بالآتى : —

دليلهم

١ — إن العقار الذى يقبل القسمة تثبت فيه الشفعة للشريك مخافة القسمة التى يترتب عليها تجزئة العقـار وتفويت بعض منافعه . أما الذى لا يمكن قسمته فلا يمكن تجزئته ، وتحقق بقاؤه كتلة واحدة فلا شفعة فيه لتحقيق عدم الضرر الناتج عن احتمال القسمة .

٢ — الشفعة تشريع استثنائى جاء على خلاف الأصل فلا يتوسع فيه (٤) .

٣ — الضرر فى الشركة على الشيوع فى العقار محقق . لأن الشريك يحق له مطالبة شريكه بالقسمة ، والحد من تصرفاته فى ملكه بخلاف شركة المرافق ، والجوار فلا يوجد ضرر لانتفاء احتمال القسمة فى العقار .

ولعلك تبينت وجهات النظر المختلفة وما تدور حولها من قواعد ، وقد

---

(١) راجع البدائع حـ ٥ ص٤ ، ٥ ، ١٢ المبسوط حـ ١٤ ص ٩١/٩٣ ، تكملة الفتح حـ ٧ ص ٤٠٦ / ٤١٢ وغيرها من المراجع

(٢) راجع المغنى حـ٥ ص ٢٨٥ وما بعدها والشرح الصغير للدردير حـ٢ ص ٢٥١ ومدونة مالك حـ١٤ ص ١٣٨

(٣) والرواية الأخرى عن مالك وأحمد بجواز الشفعة فيما لا يقبل القسمة أيضا من كل عقار مشترك كما روى عن أحمد أيضا أنها تثبت بسبب الجوار بشرط أن يكون خليطا راجع المغنى حـ ٥ ص ٢٨٩ ومنح الجليل حـ٣ ص٥٩٢ وفيه أيضا أنهم أثبتوها فى الأثمار المشتركة إذا بقيت أصولها بعد جنيها وإن بيعت مفردة عن أصولها

(٤) وقد عرفت ما قلناه قبل من أنها وإن خالفت قاعدة إساسية . الا أنها جاءت لتحقيق قاعده أخرى . ومع هذا فالاحناف لايتوسعون وإنما أخذوا بما ثبت عندهم من السنة وقد أيدها منطقهم .

سلك المشرع الوضعي مسلكا فى تشريع الشفعة يجنح إلى التقييد منه إلى التوسعة ، وقد نقل الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى فى كتابه(١) أنه جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد « أنه استقر الرأى على بقاء حق الشفعة سبباً لكسب الملكية لعدة اعتبارات . على أن المشروع قد عمل من ناحية أخرى على التضييق فى الأخذ بها إذ هى قيد يرد على حرية التصرف فيحسن عدم التوسع فيه » .

ثم نقد أستاذنا هذا التضييق ، وإنى إن وافقته على شيء منه فإنى لا أستطيع أن أستسيغ ما يترتب على كلام الأحناف من ثبوت الشفعة لجميع الشركاء فى حق من حقوق الارتفاق وتقديمهم على الجار الملاصق وسنفصل النقد فى موضعه . ولذا سنتكلم عن أسباب الشفعة بشيء من التفصيل .

الشفعة بالشركة فيما يقبل القسمة

١٢٤ — **الشركة فى نفس العقار** : هذا السبب محل اتفاق بين جميع الفقهاء مادام العقار شائعاً وقابلا للقسمة. فإذا كان عقار مشترك، وباع أحد الشركاء حصته فإما أن يكون المشترى أحد الشركاء ، أولا : فإذا كان أحدهم وكان العقار شركة بين أربعة مثلا . لواحد السدس ، ولآخر الثلث ، ولكل من الآخرين الربع . فإذا باع صاحب الثلث حصته لواحد من الشركاء . نزع منه ، ووزع المبيع عليهم جميعاً « عدا البائع » بما فيهم المشترى ، لأنه بشرائه لم يفقد استحقاقه كشريك ولا مساواته للشركاء فى سبب الاستحقاق ، ولا ينبغى أن يفضل باقى الشفعاء الذين من درجته لأنه اشترك معهم فى أصل السبب وهو الشركة هنا والاشتراك فى السبب يقتضى الاشتراك فى المسبب ولا ينبغى أن يكون سبقه إلى الشراء أو رغبة البائع فى أن يبيع له سبباً لتفضيله على باقى الشركاء ، وإلا لصح أن يتحقق هذا بالنسبة للمشترى الأجنبى(٢)

---

(١) الأموال ونظرية العقد ص ٢٠٧

(٢) والقانون يخالف الفقه فى هذه الصورة لأن الفقرة الثالثة من المادة / ٩٣٧ تنص « فإذا كان المشترى قد توافرت فيه الشروط التى كانت تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة فأنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم طبقة أعلى » وقد ظهر لك من تعليل نظرية رجال الفقه الإسلامى قوة حجتهم وسلامة نظرتهم وبذا لا نجد مبرراً لما اتجه إليه رجال التشريع الوضعى فى هذا

إلا إذا أعرض المشترى أو أحد الشركاء فيوزع العقار المباع على من يطلبها ، وإن باع لمشترى ليس من الشركاء ، وطلبها الشركاء جميعاً استحقوها ، أو أحدهم استحقها . فتؤخذ الحصة المباعة من هذا المشترى بالثمن الذى دفعه والمصاريف الضرورية .

فيما لا يقبل القسمة

هذا إذا كان العقار مشتركا وقابلا للقسمة وبيع جزء منه . أما إذا كان مشتركا لكنه لا يقبل القسمة فإذا كانت عين بئر شركة بين اثنين أو أكثر وباع أحدهما حصته لغير الشريك فإن من حق الشريك أن يطلب الشفعة فى المبيع وينفرد به إذا كان لا يوجد شريك آخر أو وجد ولم يطلبه ، وإلا فيقسم بينه وبين غيره من الشركاء ، وإذا باع لأحد الشركاء فكما قلنا سابقا — وكل الفرق بين ما يقبل القسمة ، وما لا يقبلها أن الأول باتفاق الفقهاء ، والذى لا يقبل القسمة تجوز فيه عند الأحناف .

توزيع المبيع عليهم عند التزاحم

١٢٥ — **تزاحم الشفعاء واختلاف أنصبتهم**: بقى أن تسأل كيف يكون التوزيع بين الشركاء هنا إذا تزاحموا وطلبوا جميعا الشفعة وقد تفاوتت أنصبتهم كما قلنا . فهل يكون التوزيع على أساس حصصهم فيأخذ كل منهم فى العقار المبيع بنسبة ما يملكه . أى يوزع المبيع عليهم حسب سهامهم ؟ . أم يوزع عليهم بالتساوى لا فرق بين صاحب السدس وصاحب الربع ؟ .

الاحناف

قال الأحناف ووافقهم ابن حزم من الظاهرية ورواية عن أحمد [١] إن المبيع يوزع على عدد الرءوس لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الشفعة على رءوس الرجال » ، ولأنهم جميعا من درجة واحدة فهم شركاء فى العقار ، ولو انفرد واحد منهم بطلب الشفعة لاستحقها جميعها مهما كان نصيبه . فإذا طلبوها جميعا تساووا فى التقسيم ماداموا قد تساووا فى استحقاق المبيع جميعه عند الانفراد مهما كان النصيب المشفوع به ضئيلا أو كبيرا .

غير الاحناف

غير الأحناف : — يرون توزيعه عليهم حسب الأنصبة فى الشركة لأن استحقاقهم للشفعة حق من حقوق ملكهم . فالشفعة من مرافق الملك .

---

(١) راجع المغنى جـ ٥ ص ٣٣٥ المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٩٨

وتثبت لتكميل منافعه فكانت على قدر الأملاك كالغلة والثمرة حينما توزع على الشركاء فإنها تكون حسب السهام فكذا هنا(١) فالثلث المباع فى مثالنا السابق يوزع على كل من صاحب السدس وصاحبي الربعين بنسبة حصصهم . فإذا افترضنا أن العقار جميعه ٢٤ سهماً لكان المباع ٨ أسهم (الثلث) فتوزع هذه الأسهم الثمانية على الأسهم الباقية وهى ١٦ سهماً فيخص كل سهم نصف سهم فى المباع فصاحب السدس يأخذ من المباع سهمين التى نتجت من ضرب نصف سهم فى أربعة أسهم التى هى حصته الأصلية . فيصير له ستة أسهم بدلا من أربعة والباقين بنفس الحسبة فيصير لكل منهما ٣ أسهم فى المباع زائدا الستة الأسهم التى هى الربع نصيبه فتصبح حصة كل منهما ٩ أسهم بدلا من ستة ، فيكون التوزيع ٦ + ٩ + ٩ = ٢٤ سهماً .

الأحناف

غير أن الأحناف : لا يرون هذا التعليل وجيهاً لأن القياس مع الفارق فالثمرة فى نماء الملك متولدة منه ، ولقد طال النقاش فى كتب الفقه بين النظرتين(٢) . وعلى هذا فعند الأحناف ومن تابعهم الثلث المباع هنا يوزع أثلاثاً بالتساوى بين باقى الشركاء لا فرق بين من له السدس ومن له الربع . وعند غيرهم حسب الأنصبة .

وجه استدلال الأحناف

فالعبرة عند الأحناف ومن تابعهم بنفس السبب الذى تثبت به الشفعة وأصله لا بقدره فمن له شركة فى العقار بمقدار قيراط فهو كالشريك الذى له النصف ، وكذلك عند الأحناف من كان جاراً من جانب واحد كالذى جواره من باقى الجهات ، والذى جواره بطول متر كالذى جواره بطول مائة متر . إذ العبرة عندهم بأصل السبب الذى يستحق به الشفعة إذا كان شركة فى نفس العقار ، أو فى مرافقه ، أو جواراً . فما دام الذين يطلبون الشفعة يشتركون فى سبب واحد من هذه الأسباب فهم سواء فى طلب الشفعة

---

(١) المغنى ج ٥ ص ٣٣٥

(٢) راجع البدائع ج ٥ ص ٥ رد المحتار على الدر المختار ج ٥ ص ١٥٢ ، تكملة الفتح ج ٧ ص ١٤٤ وراجع المحلى والمغنى فى الموضعين السابقين وراجع مدونة مالك ج ١٤ ص ١٠٧

ولا ينظر إلى مقدار نصيبهم . لأنه كما قلنا، لو انفرد أحدهم بطلب الشفعة لاستحق جميع المبيع مهما كانت حصته ولأن سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالملك المبيع من غير نظر إلى مقدار الاتصال . فسبب الاستحقاق إذاً أصل الشركة لا قدرها ، وقد استوى الشركاء فى هذا الأصل ، ولأن الشفعة شرعت لدفع أذى الدخيل وضرره ، والضرر لا يندفع إلا بأخذ كل المبيع بالشفعة ، ولا يمكن تمييز أحدهم عن الآخر وإعطاؤه كل المبيع وحرمان الآخرين لتساويهم فى سبب الاستحقاق ، ويستحيل عقلا أن يأخذ كل منهم العقار جميعه فى وقت واحد . فلزم التوزيع بين الشركاء الذين يطلبون الشفعة فى القدر المبيع بالتساوى بينهم ويقول السرخسى : « ألا ترى لو أن أحد المدعيين أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما . ولو أن رجلا جرح رجلا جراحة واحدة ، وجرحه آخر عدة جراحات . فمات الرجل من ذلك . استويا فى حكم ذلك القتل . وهذا لأن الترجيح بقوة العلة لا بكثرتها(١) » .

أما غير الأحناف : فالعبرة عندهم بمقدار النصيب كما قلنا ، ولا يتأتى عندهم أن يكون الشفعاء من درجات مختلفة ، لأن استحقاق الشفعة عندهم بسبب الشركة فلا يكونون عند التزاحم إلا شركاء فى نفس العقار كما بينا من قبل . غير الأحناف

أما القانون فقد جاء فى المادة ٩٣٧ الفقرة الثانية « وإذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم يكون على قدر نصيبه » . القانون

وبذا نجد القانون يتفق مع غير الأحناف من رجال الفقه الإسلامى ، ويرى التوزيع على السهام لا على الرءوس كما يرى الأحناف .

١٢٦ — الشركة فى حقوق العقار المبيع ومرافقه : الذين يثبتون الشفعة فى الشفعة بالاشتراك فى المرافق الخاصة

---

(١) ويفهم من العبارة أن موت الجريح كان بسبب كل هذه الجراحات راجع فى الموضوع المبسوط للسرخسى حـ ١٤ ص ٩٧، ٩٨ وخصوصا فى مناقشة الدليل .

هذا النوع هم الأحناف من أهل الرأى، ويقصدون بحقوق العقار التى تثبت بها الشفعة . الشركة فى حق الشرب الخاص ، أو الشركة فى الطريق الخاص وقيل أو فى المسيل الخاص . وتكلموا كثيراً فيما يعتبر(١) شرباً خاصا . أومسيلا خاصا . هل هو ما يحصى عدد الشركاء فيه بعشرة وقيل إلى خمسماية ، ولكن الصحيح أن يترك تقدير هذا للعرف . فما يتعارف الناس على أنه خاص فهو خاص وإلا فهو عام . أما الطريق الخاص فقالوا : إنه هو الذى لأصحابه حق منع الناس من المرور فيه وارتياده إلا بإذن منهم سواء أكان نافذاً أم لا .

الشرب الطريق. المسيل

فإذا اقتسم الشركاء عقارهم وأصبح نصيب كل منهم محدداً ، فإنهم بهذا يصيرون جيراناً ، وإذا كان هذا العقار مستقلا وبينه وبين غيره من العقارات حق ارتفاق فى شرب أو طريق خاص بأن جعلوا فى تقسيمهم شيئاً من هذه الحقوق لبعض الأقسام على الأخرى . اعتبروا بذلك شركاء فى حقوق العقار ومرافقه فوق كونهم جيراناً واستحقوا الشفعة فى المبيع باعتبارهم شركاء فى الشرب أو الطريق أو المسيل عند من يرى الشفعة بسببه . كل هذا عند الأحناف . يستوى فى ذلك جميع الشركاء فى حق الشرب القريب والبعيد والمقابل له والذى فى الجانب الذى هو فيه كما يستوى فى ذلك جميع الشركاء فى الطريق الخاص إن كان هو سبب استحقاق الشفعة . هكذا يرى الأحناف(٢)، ولنا فى هذا الموضوع كلام نذكره بعد. يقول صاحب البدائع: « وأهل السكة يستوون فى حق طلب الشفعة الملاصق وغير الملاصق ، لأنهم كلهم خلطاء فى الطريق ، وكذا فى الشرب . وقال محمد بن الحسن : أهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق إذا كان ملكهم لوجود الشركة فيه ، وإلا فلأنهم أخص به من غيرهم . وإن كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها فإن كانت السكة مملوكة لهم فهى فى حكم غير النافذة .

---

(١) راجع البدائع حـ٥ ص٩ ، تكملة الفتح حـ٧ ص٤١٣ ، ٤١٤ ، ابن عابدين حـ٥ ص١٥٢

(٢) البدائع حـ٥ ص٨ ، ابن عابدين حـ٥ ص١٥٢ ، ص١٥٣ تكملة الفتح حـ٨ ص٣١٤ المبسوط حـ١٤ ص ٩٧

الشفعة بسبب الجوار

١٢٧ – الجوار سبب لاستحقاق الشفعة : عرفت مما سبق أن الأحناف يرون الجوار الملاصق فى العقار المملوك من أسباب الأخذ بالشفعة . والملاصقة تتحقق بأى قدر كان يستوى الجار الملاصق بطول متر واحد مع الملاصق من الجهة الأخرى بطول مابة متر ، ويستوى الجار من جانب واحد مع الجار من عدة جوانب . إذ العبرة كما قالوا بأصل السبب لا بقدره ، وبنفس الاتصال لا بطوله .

يتحقق الجوار بتلاصق الملك

ويقول ابن عابدين : والجار من جانب واحد ولو بشبر كالملاصق من ثلاثة جوانب ، فكلاهما سواء فى طلب الشفعة . ويقول الكاسانى: «السبب أصل الشركة لا قدرها ، وأصل الجوار لا قدره ، حتى لو كان للدار شريك واحد أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره أو قل(١)» .

أما لو كان الجار مقابلا أو يوجد بينه وبين المبيع عقار فاصل لآخر ، صغر أم كبر فلا نعتبره(٢) جاراً ، لأن سوء المجاورة لا يتحقق إذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر ولا شركة بينهما فى حقوق الملك ، كما أن حق الشفعة يثبت للجار ليتمكن الشفيع من توسعة ملكه ومرافقه ، وهذا يتحقق فى الجار الملاصق لإمكان جعل العقارين عقاراً واحدا ، ولا يتحقق ذلك فى الجار المقابل لعدم إمكان جعل أحد العقارين من مرافق الآخر لوجود الشرب أوالطريق بينهما . وفى هذا يقول السرخسى(٣) : « المقصود بالشفعة بسبب الجوار دفع ضرر المتأذى بسوء المجاورة على الدوام ، ولهذا لا يثبت لجار السكنى كالمستأجر أو المستعير ، لأن جواره ليس بمستديم . ولهذا لا يثبت فى المنقول وضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام باتصال

---

(١) ابن عابدين حـ٥ ص١٥٣ ، البدائع حـ٥ ص ٥

(٢) وقد جاء فى الهداية حـ٤ ص١٩ الجار الملاصق هو الذى على ظهر الدار المشفوعة وبابه فى سكة أخرى » ويقول ابن عابدين حـ٥ ص١٥٣ ثم لجار ملاصق بابه فى سكة أخرى وظهر داره لظهر الدار المبيعة . فلو بابه فى تلك السكة فهو خليط

(٣) المبسوط حـ١٤ ص ٩٣/٩٦

أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيـه ، والناس يتفاوتون فى المجاورة حتى يرغب فى مجاورة بعض الناس لحسن خلقه ، وعن جوار البعض لسوء خلقه ، وأيضا يثبت حق الشفعة للجار الملاصق ليترفق به من حيث توسع الملك والمرافق ولذا لا يثبت للجار المقابل » .

العلو على السفل

١٢٨ ـ العلو على السفل : والأحناف يعتبرون العلو على السفل فى حكم العقار كما سبق فإذا اختلف مالكهما اعتبر كل طابق منهما مجاوراً للآخر وكان حكمه حكم الجوار الجانبى تماماً فتثبت فيه الشفعة كما تثبت به الشفعة عندما مايستحق الجار الأخذ بالشفعة يقول صاحب البدائع[1] «القياس أن لا شفعة لصاحب السفل فى العلو ، وفى الاستحسان تجب . وجه القياس أن شرائط وجوب الشفعة أن يكون المبيع عقاراً . والعلو منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب فى سائر المنقولات . ووجه الإستحسان أن العلو فى معنى العقار لأن البناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان فأشبه العقار الذى لا يحتمل الهلاك فكان ملحقاً بالعقار فيعطى حكمه ، ويقول : « فإن لم يكن للعلو جار ملاصق أخذه صاحب الدار التى عليها العلو بالجوار لأنه جاره وإن كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لأنهما جاران ، ولو باع صاحب السفل سفله كان صاحب العلو شفيعاً لأنه جاره وليس شريكه وهو كدارين متجاورتين »

رأى أهل البصرة

هذا ماقاله الأحناف فى الشفعة بسبب الجوار غير أن أهل البصرة وهم من أهل الرأى أيضاً — لا يتوسعون فى إثبات الشفعة للجار إلى هذا الحد وإنما قيدوها بأن يكون الجار شريكا فى مرفق خاص كأن يكون الجار شريكا فى ممر أو غيره[2] وقالوا إن ماروواه ابن جابر عن رسول الله صلى عليه وسلم

---

(١) حـ ٥ ص ١٠

(٢) راجع أعلام الموقعين حـ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها

صريح فى هذا «الجار أحق بصقبه[1] ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» . وما روى : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، فإنه قد أثبت الشفعة بالجوار إذا كان الطريق متحداً ونفى الشفعة بالجوار فى غير ذلك .

نقد مذهب الأحناف

١٢٩ — مناقشة أسباب الشفعة فى الفقه الاسلامى :[2] قد استعرضنا لك مذاهب الفقهاء فيها ومع كل دليله ، وعندى أن ماذهب اليه أهل البصرة من أن الجار يستحق الشفعة إذا كان شريكا فى المرافق فيه تضييق على حق الجار ، ولنا مع الأحناف مناقشة فيما ذهبوا إليه فى جعلهم حق الشفعة لكل الشركاء فى الشرب الخاص أو الطريق الخاص يستوى فى ذلك الملاصق والمقابل والقريب والبعيد كما تقدم بيانه . عبارات الفقهاء تفيد أن الشركاء يقتسمون المبيع فيما بينهم بالتساوى عند تزاحم الشفعاء فكيف يتصور ذلك مع تصور الحكمة التى من أجلها شرعت الشفعة وهى رفع الضرر أو دفعه فإذا تصورنا قطعة أرض على شرب خاص يشترك معها فى هذا الشرب عشرون قطعة أخرى فإذا مابيعت هذه القطعة حق لكل هؤلاء طلب الشفعة يستوون فيها جميعاً وتقسم بينهم ! فأى مصلحة فى هذا وسيترتب عليه تجزئة الملكية وتفتيتها ؟ بل وقد يترتب

---

(١) سبل السلام ح٣ ص٩٩ وجاء فى المصباح سقبه بالسين وقال الجار أحق بسقبه أى بقربه هذا وقد وردت بالسين وبالصاد فى كتب الحديث والفقه ويقصد به القرب يعنى الجار بسبب قربه أحق بالشفعة . المغنى ح٥ ص ٢٨٥

(٢) ونصت المادة ٩٣٦ على أنه يثبت الحق فى الشفعة ا ـ لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه ـ للشريك فى الشيوع إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى حـ ـ لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها د ـ لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة هـ ـ للجار المالك فى الأحوال الآتية
١ — إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أم فى القرى
٢ ـ إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة ٣ ـ إذا كانت أرض الجار ملاصقة للارض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل وبهذا تعرف مدى الخلاف بين الفقه الاسلامى والقانون فى أسباب الشفعة ولعل القانون الجديد كان يهدف الى مافيه المصلحة .

عليه الإضرار بالجار الملاصق وما يقال فى الأرض يقال فى البناء الواقع على طريق خاص، ولو قالوا بثبوتها أولا للخليط إذا كان جاراً لكان أوفق ومع هذا فالأحاديث التى رويت تحتمل التأويل ، ويترتب على هذا تحقيق قاعدة أصلية وهى لا ضرر ولا ضرار ولا يتضرر المشترى ولا البائع ولا باقى الشركاء فى المرفق الخاص ولا الجار الملاصق بينما فيما ذهبوا إليه يقع الضرر على الجار قطعاً ويتصور هذا بوضوح فى صورة العلو الذى بابه فى طريق خاص بالنسبة لصاحب السفل فعلى قاعدتهم يثبت لكل الشركاء فى الطريق الخاص حق الشفعة مع صاحب السفل إن كان يشترك معهم فى الطريق وإلا فليس له معهم شفعة إطلاقا حسب ماسنذكره فى مراتب الشفعاء .

وعلى كل فهذا ما أراه بالنسبة لما يقوله الأحناف فى الشفعة بسبب الاختلاط فى المرافق من أن المبيع يوزع عليهم جميعاً عند التزاحم ولعل عبارة ابن قدامه فى المغنى حـ ٥ ص٢٨٥ «وقال أبو حنيفة : فإن كان الطريق مشتركاً كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الأقرب فالأقرب» لعل هذا يفيد أن الجار إذا كان شريكا فى شرب أو طريق خاص يقدم على من يليه فإذا لم يطلب استحقها من يليه من أهل الشرب أو الطريق . لكن ماقاله الأحناف فى كتبهم من أن المبيع يقسم بين الشفعاء إذا تساووا فى السبب وقولهم إن العبرة بقوة السبب لا بتعدده كما سيأتى يجعل المسألة محل نظر .

هذه هى أسباب الشفعة كما يراها الفقهاء فتراهم قد أطلقوا ثبوت الحق عند توفر السبب . لا فرق فى ذلك بين أن يكون المشترى أحد الشركاء كما سبق بيانه أو أن يكون من أصول البائع أو فروعه أو أحد الزوجين أو الأقارب والأصهار ولا أن يكون المشترى فرداً أو جماعة قصد بالشراء انتفاعه الشخصى أو استغلاله أو تخصيصه لعمل خيرى إلى غير ذلك . لأن العلة التى من أجلها شرعت الشفعة موجودة مع كل هؤلاء وقصد بها رفع الضرر عن الشفيع .

وعندى أن الفقهاء لو فرقوا بين شخص المشترى كما لو فرقوا بين الغرض الذى من أجله يتملك المشترى العقار المشفوع فيه لكان أعدل وأوفق ولكان متمشياً مع مصلحة الناس خصوصاً وأن الشفعة جاءت على خلاف الأصل فى حرية المالك فى أن يتصرف فى ملكه كيف شاء . ولذا فإن من الانصاف أن نقول إن القانون سلك مسلكاً حسناً حينما نص فى المادة / ٩٣٩ الفقرتين الثانية والثالثة «لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية وإذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة».

وقد حمدت الله عند ما وجدت رأياً لفقهاء الأباضية بمنع الشفعة فيما يبيعه الوالد لولده أو الابن لأبيه ، أو يبيعه أحد الزوجين للآخر : لاتصال المنافع بين المتبايعين فى هذه الحالة واحتمال تأثير ذلك فى الثمن المحدد للعقار . ومنهم من يرى أن الشفعة تثبت ويأخذ الشفيع بقيمة العقار لا بالثمن لاحتمال المحاباة فيه ويدفع الفرق للمشترى لأنه هو الذى قصد بالمحاباة . أو يدفع للبائع إلى غير ذلك[1] أما ما اتخذ محلا للعبادة فسيأتى الكلام عنه بعد .

١٣٠ — **مراتب الشفعاء** : لكن إذا اجتمع لاستحقاق الشفعة فى مبيع واحد أكثر من سبب ، وتعدد الشفعاء وكان لبعضهم أكثر من سبب يثبت له الشفعة والآخر ليس له سوى سبب واحد فإذا كان المباع جزءاً من عقار مشترك ، وكان يقع على شرب خاص وطريق خاص ومسيل خاص له عليهم حق ارتفاق وفى نفس الوقت له جيران ملاصقون . وتقدم الجميع وطالبوا بالشفعة فمن الذى يستحقها ؟ (الشفعاء من مراتب مختلفة)

لا شك فى أن الفقهاء جميعاً اتفقوا على جواز الشفعة بالنسبة للشركاء فى نفس العقار الذى بيع جزء منه كما قلنا لقوة سببهم إذهم شركاء فى كل جزئية من أجزاء العقار جميعه . فلهم أن يقاسموه فى كل جزئية فى العقار . فضررهم (يقدم الشريك فيه)

(١) شرح النيل حـ ٥ ص ٦٥٧ وقد هدانا إلى الرجوع لهذا المصدر ومعرفة هذا الرأى بحث قيم فى الشفعة لأستاذنا الشيخ على الخفيف نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٢ ص ٤٦١ . ويقول فضيلته أنه لم يعثر على قول لفقيه فيما إذا اتخذ العقار مسجداً ولعل ما جاء فى المبسوط حـ ١٤ ص ١١٢ / ١٤ ، ما روى عن أبى حنيفة من أنه ليس للشفيع أن يشفع فيما بيع واتخذ مسجداً لأن المسجد يتحرر عن حقوق العباد وهو مذهب الحسن . لعله يشير إلى ما نصت عليه المادة

من بيعه أكثر من غيرهم وحاجتهم إليه أشد . ولذا انفرد الشريك باستحقاق الشفعة عند غير الأحناف وكان هو صاحب السبب الأقوى وله المرتبة الأولى فيقدم على غيره عند الأحناف والمشارك فى حائط الدار يعتبر شريكا فى نفس العقار إذا كان شريكا فى الأرض التى عليها الحائط ويقدم على الشركاء فى المرافق والجيران لأن الشركة قد تحققت ولو فى القدر اليسير .

ثم الشريك فى حائط الدار

أما إذا لم يطلب الشركاء فى العقار الشفعة أو أسقطوا حقهم فيها أو كان المبيع مفرزاً محددا لا شركة فيه وطلب الشفعة الآخرون . فغير الأحناف لا يثبتون لهم حقاً فيها كما قلنا ، والأحناف(١) يقدمون بعد الشركاء فى العقار نفسه الشركاء فى أرض الحائط المشترك ثم الشركاء فى مرافقه ، وقالوا إن الاشتراك قد تحقق وتداخل الملك وهو وإن لم يكن فى نفس العقار المبيع فإنه فى منافعه الضرورية التى تمكن من تحقيق الغاية من تملكه والانتفاع به .

ثم الشريك فى المرافق

والشريك فى الشرب الخاص مقدم عند الأحناف على من دونه وقالوا لأن حاجة الناس إلى الماء أشد وأكثر إذ حياة الأرض والإنسان بوفرة الماء ثم يليه فى المرتبة الشريك فى الطريق الخاص ، وهو مقدم على من دونه فى استحقاق الشفعة . وقالوا : لأن الحاجة إليه شديدة إذ من غيره لا يصل إلى عقاره ولا ينتفع به ، ثم الشريك فى المسيل الخاص بعد ذلك فهو مقدم على الجار على الراجح عند الأحناف للحاجة إلى مجرى لتصريف المياه الغير صالحة وتوصيلها للمجرى العام ، فحاجة العقار إلى مسيل خاص كحاجته إلى شرب خاص يأخذ من الشرب العام . وكحاجته إلى طريق خاص يوصله إلى الطريق العام ، وإن كانت حاجة العقار إلى المسيل أقل ضرورة من حاجته إلى الشرب والطريق إلا أن الحاجة إليه قائمة. وأخيرا الجار الملاصق فهو أدناهم مرتبة لعدم اشتراكه فى شىء من العقار أو من مستلزماته ومنافعه ، ويستحق الأخذ بالشفعة لأن مخافة الضرر الذى شرعت الشفعة لدفعه ينشأ من سوء الجوار كما ينشأ من مؤنة القسمة .

يقدم الشريك فى الشرب ثم الشريك فى الطريق ثم الشريك فى المسيل

ثم الجار الملاصق

---

(١) البدائع حـ٥ ص ٨ / ١٣ ، المغنى حـ٥ ص ٢٨٥ ؟ ابن عابدين حـ ٥ ص ١٥٢/ ١٥٣ تكملة الفتح حـ٧ ص ٤١٢/ ٤١٤ ؟ المبسوط حـ١٤ ص ٩٤/ ٩٧، ١٣٢.

دليلهم على الترتيب

وقد أخذ الأحناف هذا الترتيب من الحديث الذى صح عندهم «الشريك أحق من الخليط، والخليط أحق من الشفيع» ، ويقول صاحب الهداية فى الفقه الحنفى (١) «إن الشريك هو الشريك فى نفس العقار ، والخليط هو الشريك فى حقوق العقار لأنه مخالف لغيره فى هذه المرافق ، والشفيع هو الجار» هذا هو استدلال الأحناف على ماذهبوا إليه من ترتيب بين هؤلاء الشفعاء ، وقد سبق أن استدلوا به أيضا على جواز الشفعة بسببها .

مما تقدم نعرف أنه إذا اجتمع أكثر من شفيع واحد فإن كانوا من مرتبة واحدة كالشركاء مثلا قسم المبيع عليهم بالتساوى. أما إذا اختلفت درجاتهم فإن صاحب السبب الأقوى هو الذى ينفرد بالاستحقاق دون من هم أقل منه فأن استوفى حقه وأخذ المبيع بمفرده أو هو ومن يشاركه فى نفس السبب. لم يكن شىء للآخرين الذين دونه فى السبب ، وإن أسلم وترك حقه فيها أو لم يطلب انتقل الحق إلى من يليه فى الدرجة مادام قد طلب الشفعة واحتفظ بحقه وهكذا .

رأى أبى يوسف أن الأقوى يحجب غيره مطلقا

١٣١ — أبو يوسف يحجب الأدنى بالأقوى مطلقا:

روى عن أبى يوسف(٢) أنه يرى مع وجود صاحب السبب الأقوى فلا يثبت حق الشفعة لأى شخص آخر أقل منـــه مرتبة سواء فى ذلك ما إذا كان صاحب السبب الأقوى قد تمسك بحقه وطالب بالشفعة أم أسقط حقه وذلك لأنه يحجبهم بوجوده وبثبوت حقه فى الشفعة وشبه ذلك بالأرث فأن وجود الأبن مثلا يحجب الأخوة سواء استوفى حقه فى الميراث أم لا .

وعلى هذا لو كانت دار مشتركة بين اثنين باع أحدهما حصته ولم يطلب الشريك المبيع بالشفعة بل أسقط حقه وأسلم فيه فليس للخلطاء إن كان على مرفق خاص أو ليس للجار إن كان على مرفق عام حق فى الشفعة بناء على هذا .

الراجح فى المذهب

لكن كتب ظاهر الرواية تجعل الترتيب كما قدمنا فالشريك مقدم وحق الجار ثابت مع وجود الشريك لتقرر السبب فى حقه إلا أن حق الشريك

(١) جـ ٤ ص ١٨ .
(٢) المبسوط جـ ١٤ ص ٩٦

مقدم لقوته فأذ أسلم كان للجار أن يستوفى حقه . كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض فى التركة فإنه إذا استحق دينهم وأسقطوه بالأبراء كانت التركة لغرماء المرض بديونهم لأن سبب استحقاقهم ثابت . ولهذا قلنا ينبغى للجار أن يطلب الشفعة إذا علم بالبيع رغم وجود الشريك وطلبه . (١)

العبرة بقوة السبب لا بتعدده

فإذا اجتمع لشخص سبب واحد واجتمع لآخر عدة أسباب. بأن كان العقار المباع على شرب خاص من ناحية . وعلى طريق خاص من ناحية أخرى استحق الشفعة جميع الشركاء فى الشرب من غير نظر إلى شيء آخر لاشتراكهم فى السبب الأقوى فلا ينظر إلى ما يليه من أسباب . فيستوى فى هذا الشركاء فى الشرب الملاصقون للعقار أو المقابلون فى الحافة الأخرى مع أن الملاصقين له يعتبرون جيرانا وقد يكون لهم معه طريق خاص فوق كونهم جيرانا ومع هذا فلا امتياز لهم عنه إذ العبرة بقوة السبب لا بكثرته وتعدده ، والاشتراك فى الشرب سبب أقوى كما بينا . فلا عبرة بباقى الأسباب لأنها لا عمل لها مع وجود السبب الأقوى .

وبالتالى إذا كان للعقار المبيع شريك فى الشرب الخاص فقط ، وله آخر جار ملاصق وشريك فى الطريق الخاص من الجهة الأخرى ، وشريك فى المسيل أيضا . لكن لا توجد له حقوق ارتفاق على هذا الشرب . فإن الشريك فى الشرب فقط مقدم على الآخر رغم تعدد الأسباب بالنسبة له . إذ العبرة بقوة السبب لا بتعدده . فصاحب السبب الأقوى أحق بالمبيع كله يستقل به إن كان واحدا ويشترك مع غيره فيه إن كانوا أكثر — وهكذا إذا كان العقار المبيع له شريك فى الشرب فقط وآخر شريك فى الطريق فقط ، قدم الأول ، وبهذا الترتيب يعمل .

---

(١) المبسوط للسرخسى جـ ١٤ ص ٩٦ ، تكملة الفتح جـ ٧ ص ٤١٣ .

الفصل الثالث

شروط الشفعة

شروط الشفعة

١٣٢ – **ما يشترط لتحقق الشفعة** : مما سبق علمنا أن سبب استحقاق الشفعة هو اتصال العقار المملوك للشفيع بالعقار المبيع وقت البيع فنستطيع أن نأخذ من هذا أن للشفعة شروطا هي :

١ – أن يكون المشفوع فيه عقارا ٢ – المشفوع به عقارا ٣ – أن يخرج المشفوع فيه من ملك صاحبه بعوض مالى خروجا نهائيا ٤ – أن يبقى المشفوع به فى ملك صاحبه حتى تتم الشفعة ٥ – ألا يظهر من الشفيع ما يدل على إعراضه عن الشفعة .

– ١ –
المشفوع فيه عقار

١٣٣ – **أن يكون المشفوع فيه عقارا** :

العقار الذى تجوز فيه الشفعة

العقار عند غير المالكية : ما لا يمكن نقله وتحويله وهو الأرض. وألحق به الأحناف العلو على السفل فأعطوه حكم العقار وأثبتوا فيه الشفعة أما العقار عند مالك فقلنا إنه يشمل الأرض والبناء والشجر وأما المنقول فلا تجوز الشفعة فيه استقلالا إلا عند الظاهرية ورواية عن أحمد ورواية عن مالك فى المنقول الذى اتصل بالأرض ولو مدة. أما العقار الذى لا يقبل القسمة فسبق أن قلنا إن الأحناف يثبتون الشفعة فيه بخلاف غيرهم فإنهم يمنعون الشفعة فيه وقلنا إن سبب استحقاق الشفعة عند غير الأحناف . الشركة الشائعة فى نفس العقار . فالشفعة عندهم لا تثبت إلا فى حصة شائعة فى عقار . أما عند الأحناف فسببها الشركة فى نفس العقار أو مرافقه أو الجوار الملاصق فيشمل عندهم ما إذا كان المبيع داراً مفرزة ، أو جزءاً منها شائعا ، ويشمل الضيعة والدار والبئر ، واتفق الجميع على أن المنقول إذا كان تابعا للعقار وبيع معه فإنه تثبت فيه الشفعة تبعا للعقار لا أصلا وبناء على هذا .

١ ـ لا تثبت الشفعة فى المنقول مطلقا إلا إذا كان تابعا للعقار ، وبيع معه سواء أكان متصلا به كالبناء والشجر والنخل والزرع أم كان متصلا بما هو متصل به كالثمر على الشجر وأسلاك النور الكهربائى ومواسير المياه بالنسبة للبناء أم كان من لوازم العقار كالآلات الزراعية بالنسبة للأرض ومفاتيح الأبواب بالنسبة للدور . وعند الظاهرية ورواية عن أحمد بن حنبل أن الشفعة تجوز فى كل شيء مشترك يقبل القسمة .

العلو على السفل فى حكم العقار

٢ ـ العلو على السفل يأخذ حكم العقار [١] عند الأحناف فتثبت فيه الشفعة إذا بيع كما تثبت به الشفعة إذا بيع السفل أو بيع عقار بجواره وينطبق عليه كل ما قيل فى مراتب الشفعاء ويأخذ كل منهما حكم الجار الملاصق تماما فيفضل عليه الشريك فى نفس العلو إن كان المبيع من العلو أو الشريك فى نفس السفل إن كان المبيع منه ثم الشريك فى الممر الخاص إن وجد . وأخيرا أحدهما بالنسبة للآخر ومع هذا فيشاركه فى هذا كل الجيران الملاصقين لأنهم فى درجته وإليك هذه الصور .

حق الشفعة لكل من العلو والسفل عند التزاحم

١٣٤ — بعض صور العلو على السفل وحق الشفعة :

(ا) دار يملك سفلها محمد ويملك العلو على ولكن لهما مدخل وممر واحد مشترك بينهما يتفرع من طريق خاص أو عام فإذا باع أحدهما طابقه لأجنبى كان للآخر حق الشفعة منفردا لأنه يعتبر شريكا مع الآخر فى الممر الخاص سواء فى ذلك إذا كانت الدار تقع على طريق عام أم تقع على طريق خاص . لأن الممر خاص بالطابقين فقط . والأخص يقدم على الأعم [٢] .

ومن هذا ماقالوه [٣] لو تشعبت من سكة غير نافذة سكة أخرى غير نافذة فبيعت دار فى هذه السكة الأخيرة فالشفعة لأهل هذه السكة المتشعبة

---

(١) المبسوط حـ ١٤ ص ١٣٢

(٢) راجع الفتاوى الهندية حـ ٥ ص ١٦٦ وما بعدها ، وحاشية الشلبى على الزيلعى حـ ٥ ص ٢٤٠ وما بعدها ، والبدائع حـ ٥ ص ٩ .

(٣) تكملة الفتح حـ ٧ ص ٤١٤ .

خاصة لأن خلطة أهل هذه السكة أخص من خلطة أهل السكة العليا المتشعب منها . بخلاف العكس فإذا بيعت دار فى السكة المتشعب منها فإن الشفعة تثبت للجميع إذ خلطتهم فى السكة العليا سواء .

(ب) ولو كان سفل مشترك بين محمد وعلى وعليه علو مشترك بين محمد هذا وأحمد ثم باع محمد نصيبه فى العلو والسفل معاً لأجنبى كان لعلى حق الشفعة فيما بيع من السفل ولأحمد حق الشفعة فيما بيع من العلو لأنه شريك فيه والشريك مقدم على غيره لأنه يشاركه فى نفس البقعة .

(ح) دار من طابقين السفل يملكه محمد والعلو يملكه على وكان طريق العلو على ممر خاص مشترك بينه وبين دار أخرى يملكها حسن ، فإذا باع على العلو لأجنبى فإن حسن أحق بالشفعة من محمد صاحب السفل لأن على وحسن يشتركان فى مرفق خاص وهو الطريق ، بينما اتصاله بمحمد هو الجوار فقط . فإذا أسقط حسن حقه فى الشفعة استحقها محمد بمفرده إذا لم يكن للعلو جار ملاصق له وإلا فبالسوية بينه وبين من يكون ملاصقا للعلو .

(د) دار من ثلاثة طوابق يملك السفل محمد والوسط على والأخير حسن فإذا باع على طابقه الأوسط فالشفعة لمن يشاركه فى المدخل فإن كانوا جميعاً يشتركون فى مدخل خاص بهم فالشفعة بينهما بالتساوى .

(ه) دار من طابقين يملك أحدهما محمد والآخر على وكل منهما يفتح فى طريق خاص مشترك مع آخرين فإذا باع أحدهما طابقه فالشفعة لشركائه فى الطريق الخاص دون صاحب الطابق الثانى لأنهم شركاء فى الطريق الخاص وهو جار فقط .

مناقشة رأى الأحناف فى هذا

١٣٥ — **مناقشة تطبيق الأحناف هنا :** ولعلك من هذا ترى أن صاحب أحد الطابقين فى دار واحدة قد يتساوى مع الغير فى حق الشفعة فى الطابق الآخر بل وقد يحرم من هذا الحق . ولعلك معى فى أن صاحب أحد الطابقين يكون أكثر تضررا من الخلطاء ومن الجيران الجانبيين . وأن الشفعة التى شرعت لرفع

الضرر تسبب على هذا لصاحب السفل أو صاحب العلو ضررا أكبر وأكثر !

وعندى أنه لو قيل إن صاحب السفل وصاحب العلو فى بناء واحد يعتبر كل منهما صاحب حق ارتفاق بالنسبة للآخر حتى وإن كان المدخل مختلفا لكان أعدل وأرفق بالناس وكان متمشياً مع حكمة مشروعية الشفعة. ألا ترى أن عرش (سقف) الطابق الأول متعلق به حق صاحب العلو واعتبر أرضاً له وأن جدران الطابق الأول متعلق بها حق صاحب العلو واعتبرت كأساس لجدرانه ، وغير ذلك فإن ملك صاحب السفل بهذا يكون ملكا ناقصاً فلا يستطيع هدم بنائه أو التغيير منه تغييرا يؤثر على العلو إلا بإذن من صاحبه ، وكذلك فإن صاحب العلو قد تعلق بعلوه حق لصاحب السفل أن يقيه حرارة الشمس وهطول المطر .. فكيف مع هذا يعتبره الفقهاء مجرد جار فقط بل ويفضلون عليه شركاء الطابق الآخر فى الطريق الخاص القاصى منهم والدانى !

فهل هذا لأنهم قالوا إن حقوق الارتفاق التى تثبت بها الشفعة هى الاشتراك فى الشرب أو الطريق الخاص فقط والمسيل عند البعض ولم لا يكون حق التعلى من حقوق الارتفاق المثبتة للشفعة أو ليس هو من الحقوق العينية التى سبق أن تكلمنا عليها ، ومادام الأحناف قد أعطوه حكم العقار لما له من حق الدوام والاستقرار بقى البناء أم تهدم [١] ومادام هذا الحق دائما مستقراً ، فلم لا يكون حق ارتفاق يثبت الشفعة لصاحبه عند عدم وجود شريك فى نفس المبيع . ولا شك أن حاجة كل من صاحب السفل وصاحب العلو من التخلص من الآخر وتملك عقاره أشد بكثير من حاجة غيره من الشركاء فى الطريق أو الجيران كى يكمل له ملكه وتتم حريته فى بنائه ينقص منه مايشاء ويزيد عليه مايريد من غير معارضة أحد . ولذا فعندى أن الموضوع يجب أن

---

(١) أما الشافعى وأحمد فلا يعتبران العلو بمفرده عقارا لأنه بناء صرف والعقار هو فقط الأرض ولا يجيزان به الشفعة ولا فيه لأنه منقول . أما مالك فإنه وإن اعتبره عقارا كقاعدته إلا أنه لا يثبت الشفعة إلا بسبب الشركة فقط .

يكون محل نظر وإلا لـكانت الشفعة سبباً فى زيادة الضرر هنا لا فى رفعه وهو حق ارتفاق يجب أن يقدم هنا على غيره لأنه ارتفاق فيما هو أخص ولا شك أن هذا أخص من الطريق الخاص والمسيل الخاص وغيره والقـــاعدة أن الأخص يقدم على الأعم .

حق الشفعة بعد انهدام العلو

١٣٦ – هل تثبت الشفعة لصاحب حق التعلى رغم انهدام العلو :
ماسبق هو ماقاله فقهاء الأحناف، وما رأيته بالنسبة للعلو القائم فعلا مع السفل . أما إذا زال العلو بأن تهدم مثلا فقد قلنا إن حق صاحبه فى إعادته قائم لكن إذا باع صاحب السفل سفله وكان العلو غير قائم فعلا وإنما لصاحبه فقط حق التعلى وهو مجرد حق . فهل يثبت حق الشفعة له رغم عدم وجود بنائه الذى يشفع به؟ تروى كتب الفقه الحنفى خلافا بين أبى يوسف ومحمد فى هذه المسألة [1] ومنشأ الخلاف هو اختلافهم فى الأصل الذى تثبت به الشفعة لصاحب العلو فأبو يوسف يرى أنه الاتصال بالبناء نفسه ، ويرى محمد أنه حق القرار والدوام وبناء على هذا : قال محمد بن الحسن إن حق الشفعة لصاحب حق العلو سواء أكان البناء ، قائما أم تهدم لأن البناء وإن بطل فالحق قائم وهو حق متعلق بالبقعة على سبيل التأبيد فهو بمنزلة البقعة نفسها ، وقال أبو يوسف ليس له حق الشفعة بعد زوال البناء لأن الشفعة إنما تجب بسبب الشركة فى العقار أو مرافقه أو الجوار وبعد انهدام البناء انتفت كل هذه الأسباب وقاس ذلك على ماهو متفق عليه من أنه إذا باع شخص علواً فاحترق قبل التسليم بطل البيع من غير خلاف هذا وقد رجح الفقهاء رأى محمد. وبذا يكون سبب الشفعة هو مجرد حق التعلى الذى هو من حقوق الارتفاق وفى هذا مايؤيد ماذهبنا إليه من قبل .

رأى محمد

رأى أبى يوسف

(١) راجع فى هذا الزيلعى حـ ٥ ص ٢٥٢ ، الفتاوى الهندية حـ ٥ ص ١٦٤ وراجع أيضاً للبدائع حـ ٥ ص ١٣ غير أن عبارة البدائع جاءت محرفة فنسبت قول كل منهما للآخر .

لاشفعة فى الحكر ولابه

١٣٧ — الأحكار والشفعة: وما دمنا قد تكلمنا عن حق صاحب العلو فى الشفعة قائما أم متهدما فلا بد لنا أن نتناول البنـاء على الأرض الحكر لوجه الشبه فى الموضوعين فالأرض فيهما مالكها غير مالك البناء أو صاحب العلو وكلاهما له حق ثابت على الأرض غاية الأمر أن الحق هنا غير دائم وإنما تحددت مدته فى العقد والحق هناك دائم بقى البناء أم تهدم، والعلو مملوك لصاحبه فلا يدفع لصاحب السفل أجرا لكن المحتكر يدفع لصاحب الأرض أجرا. وعلى هذا لو بنى شخص دارا على أرض حكَّرها [١] ثم أثناء مدة التحكير باع صاحب الأرض أرضه للغير أو باع صاحب البناء بناءه للغير فهل يثبت لكل منهما حق الشفعة فيما باعه الآخر؟ الفقهاء جميعاً متفقون على أن الشفعة لاتثبت هنا لأحـــدهما على الآخر . وهم إن اتفقوا على الحكم فقد اختلفوا فى تعليـــله . فالشافعى وأحمد لايثبتان الشفعة لأن البناء منقول والمنقول لا شفعة فيـــه عندهم فلا يأخذون بالشفعة هنا كما رفضوها بالنسبة للعلو فلا فرق عندهما فيهما. لكن الأحناف [٢] لا يثبتون الشفعة هنا رغم إجازتها عندهم لصاحب حق التعلى لأن البناء منقول لاعقار والشفعة لاتكون فى المنقول استقلالا ولم يعطوا البناء على الحكر حكم العقار كما فى العلو على السفل لأن حق المحتكر مؤقت غير دائم ولأن حقه يقبل الزوال بامتناعه عن دفع الأجر لكن الإمام مالك وإن كان البناء عنده عقاراً لكن الشفعة لا تثبت إلا بسبب الشركة فى العقار فقط وليس هذا شركة شائعة أما إذا كان البناء مشتركا بين اثنين وباع أحدهما حصته فى البناء جاز للآخر أن يشفع فيه لأنه شريك ولأن البناء نفسه عقار عند مالك [٣]

---

(١) الحكر أو الاحتكار لغة الحبس يقال احتكر فلان الطعام إذا احتبسه لوقت الغلاء وشرعا : عقد إجارة يقصد به إستبقاء الأرض مقررة للبناء والغراس أو لأحدهما . راجع الفتاوى الخيرية حـ ١ ص ١٨٨ .

(٢) راجع المبسوط حـ ١٤ ص ١٣٠، ١٣٢، غير أن منهم من يرى أن يعطيه حكم العلو على السفل .

(٣) بلغة المسالك على الشرح الصغير للدرديرى ج ٢ ص ٢٥١.

— ٢ — المشفوع به عقارا

١٣٨ — أن يكون المشفوع به عقاراً : وما دام سبب استحقاق الشفعة الشركة فى العقار أو فى مرافقه أو الجوار . فكان لابد إذاً أن يكون المشفوع به عقاراً لأنه إذا كان بالسبب الأول . فهو سيكون حتما من نوع المشفوع فيه وهو كما قلنا من قبل عقار ، وإن كان بالسبب الثانى فحقوق العقار التى تثبت بها الشفعة . هى حقوق مقررة لعقار على عقار أخر كما قلنا فى حقوق الارتفاق ، وإن كان بالسبب الثالث وهو الجوار فالجوار بالمنقول غير دائم وضرره غير مستمر ومع هذا فقلنا إن سبب استحقاق الشفعة اتصال العقار المملوك للشفيع .

فإذا استأجر شخص قطعة أرض أعدت للبناء وبنى عليها دارا ثم باع صاحب الأرض القطعة لآخر . فليس لصاحب البناء حق الشفعة . لأن البناء ليس بعقار عند الأحناف ، ولأن الشفعة لا تكون إلا بسبب الشركة فى العقار المباع . عند مالك . وكذلك لو باع صاحب البناء بناءه لنفس السبب عند الجميع حتى عند الظاهرية الذين يقولون بالشفعة فى كل شىء لم يقسم منقولا كان أم عقارا . لأنهم يرون الشفعة بسبب الشركة فقط .

إذا بيع السفل فى دار يملك علوه أخر . فإن العلو يشفع فى السفل لأنه فى حكم العقار . وقد تكلمنا عليه فى الشرط الأول .

— ٣ — خروج المشفوع فيه نهائيا بعوض مالى

١٣٩ — خروج المشفوع فيه من ملك صاحبه نهائيا بعوض مالى (١).

هذا الشرط نجده يتناول ثلاث نواحى يجب تحققها كى تثبت الشفعة أولا — خروج العقار من ملك صاحبه نهائياً . ثانياً — أن يكون خروجه بعوض . ثالثاً أن يكون العوض الذى قابل العين ماليا . وسنتكلم عنها بشىء من التفصيل .

---

(١) راجع المغنى حـ ٥ ص ٤٦٧ وما بعدها ؟ البدائع حـ ٥ ص ١٠ وما بعدها . بداية المجتهد حـ ٢ ص ٢٤٤ . الزيلعى حـ ٥ ص ٢٥٣

اشتراط خيار الشرط للبائع

١٤٠ – أولا – أنه يخرج العقار من ملكه نهائيا

لابد لثبوت الشفعة أن يكون البيع باتاً بالنسبة للبائع ليس فيه مايجعل البائع فى حل من الرجوع فيه فإذا كان له حق فسخ العقد فلا حق للشفيع فى طلب الشفعة طالما هذا الحق قائم فإذا اشترط البائع لنفسه خيار الشرط (١) فلا شفعة لاحتمال أن يفسخ العقد فاذا انتهت مدة الخيار أو أجاز العقد أصبح العقد بالنسبة له نهائياً واعتبرت العين خارجة من ملكه خروجاً نهائياً. فيثبت للشفيع حق الشفعة ويجب عليه أن يطلب الشفعة عند سقوط الخيار لأن البيع لم يصر نهائياً وسبباً لإفادة الملك إلا فى هذا الوقت ويرى البعض أنه يجب أن يطلبها عند البيع متى علم به فإذا لم يطلب وانتظر حتى تمضى مدة الخيار سقط حقه.

اشتراط الخيار للمشترى

أما إذا كان خيار الشرط قد نص على ثبوته للمشترى فقط عند التعاقد فإن هذا لا يمنع حق الشفيع فى الشفعة إذ البيع بالنسبة للبائع نهائى لا يملك العدول عنه لأنه حتى إذا فسخ المشترى العقد فإن الفسخ يكون من غير إرادة من طرف البائع وقالوا (٢) لو ادعى محمد أنه باع داره من على فأنكر على أنه اشتراها وجبت الشفعة لاعترافه بخروج العين من ملكه من غير توقف على دخولها فى ملك الآخر.

اشتراط الخيار لهما

أما إذا كان الخيار لهما معاً ـ البائع والمشترى ـ فلا تجب الشفعة أيضاً لوجود حق البائع فى الفسخ وعدم خروج المبيع عن ملكه وإليك ما يقوله صاحب البدائع فى هذا(٣) « لا تجب الشفعة فى البيع بشرط خيار البائع لأن خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة لأنه تبين أن المبيع قد زال عن ملكه من حين وجود البيع. ولو كان الخيار

---

(١) خيار الشرط هو: أن يشترط فى العقد أن يكون لأحد المتعاقدين أولهما أو لغيرهما الحق فى إمضاء العقد أو فسخه فى مدة معينة راجع فى الموضوع المبسوط حـ ١ ص ٩٤٢ وما بعدها.

(٢) حاشية شلبى على الزيعى حـ ٥ ص ٢٥٤

(٣) البدائع حـ ٥ ص ١٣ ، الزيلعى حـ ٥ ص ٢٥٤

للمشترى تجب الشفعة لأن خياره لا يمنع زوال الملك . ويتفرع على ما تقدم أنه لو بيعت دار وكان لأحدهما خيار شرط ، وفى مدة الخيار وقبل البت فيه بيعت الدار المجاورة لها فحق الشفعة لمن له الخيار ويعتبر بهذا قد أسقط حقه فى الخيار . وإن كان الخيار لها فإن طلب البائع الشفعة صح . وكان ذلك فسخا للعقد وأما المشترى فليس له ذلك مادام للبائع حق الفسخ . ويروى ابن قدامة أنه لا شفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه مطلقاً (١) .

اشتراطه للشفيع من جانب البائع

١٤١ — **اشتراط خيار الشرط للشفيع :** وهذا إما أن يكون من جانب البائع أو من جانب المشترى . وقد يختلف الحكم فيهما فالخيار للشفيع من جانب البائع . مسقط لحق الشفيع بمجرد قبوله أن يكون له الخيار لأنه إذا أمضى العقد فقد تم البيع برضاء الشفيع وخرج من ملك البائع بمعرفة الشفيع نفسه إلى المشترى وهذا دليل الرضا بالعقد . وإن فسخ العقد فلا شفعة إذ أن العين لاتزال على ملك صاحبها لانتفاء البيع . أما إذا رفض أن ينوب عن البائع فى هذا وبقى حتى يتم العقد نهائياً من جانب البائع فحقه ثابت فى الشفعة . ولعل الفقهاء يرون مثل هذا للتحايل على إسقاط حق الشفيع فى الشفعة ولكن مع هذا يمكن أن يحتال الشفيع بعد قبوله الإنابة عن البائع فى خيار الشرط يقول الكاسانى فى المصدر السابق « والحيلة للشفيع فى ذلك أن لا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع أو يجوز العقد بمضى المدة فتكون له الشفعة » .

الخيار للشفيع من جانب المشترى

وإذا كان الخيار للشفيع من جانب المشترى فلا يسقط حقه فى الشفعة بمجرد القبول، ولكن إذا أجاز العقد صراحة سقط حقه إذ يعتبر بذلك(٢) راضياً وإلا بقى حق الشفعة رفض أم مضت المدة أم أجاز المشترى نفسه أم رفض لأن العين قد خرجت من ملك صاحبها خروجا نهائياً ولا يتوقف

---

(١) المغنى ج ٥ ص ٢٩٤ .

(٢) عبارة الزيلعى فى الصفحة المذكورة: لأن اشتراط الخيار للشفيع كاشتراطه للمشترى وذلك لايمنع وجوب الشفعة ، وهى بإطلاقها تفيد أن الشفعة تجب حتى لو أجاز الشفيع البيع ولكن أرى أن إجازته الصريحة بمثابة الرضاء بالمشترى وهو من مسقطات الشفعة .

وجوب الشفعة له على دخولها فى ملك المشترى ويكون هنا موقف الشفيع كما فى حالة ما إذا كان الخيار للمشترى نفسه .

خروج العقار بغير العوض

١٤٢ — **ثانياً أن يخرج من ملك صاحبه بعوضه** : وعقود المعاوضات تشمل البيع وما فى حكمه — كالهبة بعوض مع تمام القبض ، والصلح عن مال — لأن تملك العقار بالشفعة يكون نظير عوض يتساوى مع ما قوبل به من مال عند خروجه من ملك صاحبه . لأن الشفيع إنما يتملك العقار المشفوع فيه على المأخوذ منه بمثل ما ملك فإذا خرج العقار من ملك صاحبه بغير عوض فلا شفعة لأنه إذا خرج العقار من ملك صاحبه خروجا باتا بغير عوض . مثل ما إذا تصدق إنسان بعقار أو أهداه لآخر من غير اشتراط عوض عند الإهداء ، أو أوصى به لآخر ، أو وقفه ، أو خرج من ملكه إلى ملك ورثته بوفاته . فلا يثبت للشفيع أى حق فى الشفعة مطلقا . لأن العقار لم يخرج من ملك صاحبه نظير عوض يمكن أن يدفعه الشفيع ، ولا يمكن (١) أن يقال إن الشفيع يتملك بمثل ما تملك به الآخر لأن عقود التبرعات لا يلزم المتبرع التبرع بها لشخص بعينه إذ المتبرع حر فى اختيار من يتبرع له ولا يمكن إرغامه أن يتبرع لشخص معين لأنه عمل لم يقره الشرع ولا سبيل إلى القول بأن الشفيع إنما يأخذه بالقيمة لأن المتملك للعقار الموهوب له ، أو المتصدق عليه به . لم يتملكه بالقيمة والشفيع إنما يتملك بمثل ما تملك به الآخر ، وشىء آخر لو أجازوا الشفعة هنا لأحجم الكثير عن فعل الخير ، وقد جاء فى الفتاوى الهندية (٢) فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية لأن الأخذ بالشفعة تملك على المأخوذ منه بما تملك هو به فإذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع إما أن يأخذ بالقيمة أو مجانا ولا سبيل إلى الأول لأن المأخوذ منه لم يتملك بالقيمة ولا إلى الثانى لأن الجبر على التبرع ليس بمشروع .

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ١١

(٢) الفتاوى الهندية حـ ٥ ص ١٦٠

والقانون المادة ـــ ٩٣٥ منه تجعل الشفعة لا تجب إلا فيما إذا كان المأخوذ منه قد تملك المشفوع فيه بمقتضى عقد بيع ونصها « الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى .

١٤٣ ــ **لا شفعة فيما يوقف**(١): على أساس أن الشفعة لا تثبت بخروج العقار من ملك صاحبه بغير عوض فلا شفعة فى الموقوف لأنه وإن كان عقارا قابلا للقسمة وخرج من ملك صاحبه خروجا نهائياً عند إيقافه لكنه بغير عوض لأن الواقف لم يأخذ عوضا من أحد نظير ما وقفه ـ فلو أراد إنسان أن يقف دارا على أولاده ومن بعدهم على جهات الخير وعند تمام عقد الوقف تقدم جاره وطالب بالشفعة فلا حق له لأن العقار خرج من ملك صاحبه بغير عوض . ولو اشترك اثنان فى دار . فوقف أحدهما حصته . فليس للآخر أن يطلب الشفعة فيها لأنها خرجت من ملك شريكه بغير عوض ــ وسنذكر بعد . أن الوقف لا يشفع به أيضا ــ لكن إذا بيع هذا الموقوف لمسوغ شرعى . ثبتت الشفعة فيه إذ قد خرج عن كونه وقفا .

١٤٤ ــ **الشفعة والهبة**:(٢) وإذا وهب شخص لآخر حصته فى دار ولم يشترط عوضا فى عقد الهبة ثم جاء بعد ذلك الموهوب له من تلقاء نفسه وقدم للواهب سيارة هبة منه أو أرضا أو داراً أخرى فلا شفعة فى شىء مما وهبه الأول ، ولا مما قدمه الثانى ـــ الموهوب له ـــ للواهب الأول ، لأن العقار وقت خروجه من ملك صاحبه خرج من غير عوض ، ولم يشترط عوضاً فى عقد هبته ، وكذا الهبة الثانية فهى حينما أخرجها صاحبها من ملكه

---

(١) الوقف حبس العين عن أن يملكها أحد من العباد ، والتصدق بمنفعتها ابتداء وانتهاء أو انتهاء فقط وعند الأحناف مؤبد وفى بعض المذاهب يصح أن يكون مؤقتا . وقد جعله القانون مؤقتا بالنسبة لغير الخيرى ثم ألغى الوقف الأهلى نهائيا . راجع ابن عابدين حـ ٥ ص ١٤٧

(٢) الهبة : تمليك المال للحال بغير عوض

لم يكن ملزما بهبتها ،ولم تخرج بعوض ، وأخيراً لاتثبت الشفعة فى غير عقود المعاوضات إتفاقاً . غير أن الكاسانى وابن قدامة(١) يرويان عن مالك رضى الله عنه فى رواية أخرى أن فيه الشفعة لأنها تثبت لإزالة ضرر الشركة ، وهذا موجود فى الشركة كيفما كان . . »

١٤٥ — **الشفعة والميراث:**(٢) وكذا لو مات المورث عن عقار فى تركته فبموته خرج العقار خروجا نهائياً لكن بغير عوض فقد انتقلت التركة كلها للورثة إذ الوارث خليفة عن المورث فلا يصح هنا للشريك أو الجار أن يتقدم بطلب الشفعة لعدم وجود معاوضة. وكذلك عند القسمة أيضاً لاتجب الشفعة فاذا اقتسم الشريكان العقار فلا شفعة لأحد .

١٤٦ — **الشفعة والقسمة:** — ولا تجب الشفعة فى القسمة وإن كان فيها معنى المعاوضة لأنها ليست بمعاوضة محضة بل فيها معنى الأفراز والتمييز الأترى أنه يجرى فيها الجبر فلم تكن معاوضة مطلقة فلا تجب فيها الشفعة وكذلك الصلح عن دم العمد نظير دار لايوجب الشفعة فيها . (٣)

ثالثا : أن يخرج بعوض هو مال : كما فى عقود المعاوضات كالبيع فإن العقار فيه خرج من ملك صاحبه خروجا نهائيا بعوض هو مال فإن الشفعة تثبت فيه لا محالة .

١٤٧ **الشفعة والهبة بشرط العوض:** إذا وهب إنسان لآخر عقاراً واشترط عليه فى عقد الهبه مبلغ كذا . وقبل الآخر ، وتم القبض فعــــلا . أخذ هذا حكم البيع ، ويصح فيه الشفعة . لأن الهبة مع اشتراط العوض وتمام قبض الموهوب والعوض . تأخذ حكم الهبة عند الابتداء لكن عند الانتهاء تأخذ

---

(١) البدائع حـ٦ ص ١١ ، المغنى حـ٥ ص٢٩١ ويراجع أيضا المبسوط حـ ١٤ ص ١٠٨

(٢) الميراث . هو أن يحل الوارث محل مورثه فيما كان له فى حياته من أموال أو حقوق تتعلق بها ، وماعليه من واجبات مالية فى حدود تركته .

(٣) البدائع حـ٥ ص ١١ ، ١٢

حكم البيع . وخالف فى ذلك زفر والشافعى . واكتفيا — لاعتبار الهبة مع اشتراط العوض عقد معاوضة — بتمام الإيجاب والقبول فقط لأنها تعتبر بيعاً من البدء . وعلى هذا فلو تمت الهبة مع اشتراط العوض تثبت الشفعة بمجرد صدور الإيجاب والقبول عند زفر والشافعى ، ولا تثبت إلا بعد تمام القبض عند الإمام وصاحبيه .(١)

الصلح عن مال مثبت للشفعة

١٤٨ — والصلح عن مال: وكذلك إذا ادعى شخص على آخر أن له فى ذمته مبلغ ألف جنيه وعند نظر الدعوى صالحه المدعى عليه وأعطاه منزلا يملكه نظير مايدعيه. وقبل الآخر وخرج العقار من ملك صاحبه خروجا نهائيا . فهو عقد بيع لامحالة وإن العقار خرج من ملك المدعى عليه نظير عوض مالى وهو المبلغ المدعى به سواء فى ذلك ما إذا تم الصلح بعد أن أقر المدعى عليه بمشغولية ذمته بالمبلغ أم أنكر أم سكت. لأننا تثبت الشفعة مؤاخذة للمدعى بعقيدته فظاهر دعواه أنه اشترى المنزل بالمبلغ الذى كان يدعيه(٢)

الصلح عن عقار

١٤٩ — والصلح عن عقار : أما إذا كانت الدعوى عكس السابقة وكان المدعى يدعى أن العقار الذى تحت يد المدعى عليه ملكه هو ، وقد استولى عليه بغير حق . فهنا موضوع النزاع العقار نفسه . فجاء المدعى عليه أثناء نظر الدعوى وتصالح مع المدعى على أن يدفع له مبلغ كذا نظير دعواه فقبل المدعى ذلك وتم الأمر . فإن كان هذا الصلح بعد أن أقر المدعى عليه للمدعى بصحة دعواه فالشفعة تثبت فى هذا العقار لأن المدعى عليه أقر بأنه ملك المدعى واستبقاه لنفسه نظير مادفع صلحاً فهو بيع لا محالة .أما إذا كان الصلح لم يسبق بإقرار من المدعى عليه . وإنما تم رغم إنكار المدعى عليه لهذا الإدعاء ، أو سكوته وعدم إجابته بشىء عن موضوع الدعوى .فلا تثبت الشفعة هنا. لأن العقار فى يد صاحبه كما هو . وبالصلح استقرت ملكيته وخلت من المنازعة ،ومادفع

إن كان بإقرار ففيه الشفعة

(١) ، (٢) البدائع حـ ٥ ص ١١ وراجع المغنى حـ ٥ ص ٢٩١ وما بعدها

هذا المبلغ الذى تصالح عليه مع المدعى باعتباره عوضاً عن العقار لأن إنكاره وعدم إجابته على الدعوى ليس فيهما اعتراف بصدق دعوى المدعى بل فى عدم إقراره بالدعوى ما يفيد أنه دفع ما دفع ليتجنب النزاع والمخاصمة .(١)

ففى البيع ، والهبة بشرط العوض، والصلح عن مال ، والصلح عن عقار بعد إقرار بالدعوى . تثبت الشفعة على الوجه المتقدم والشفيع يأخذ العقار بمثل ذلك العوض إن كان مثليا أو قيمة العوض إن كان قيميا . فإن كان بيعا ، أو هبة بعوض ، أو صلحا عن عقار مع الإقرار وكان العوض فى كل هذا قيميا أخذ الشفيع العقار بقيمة هذا العوض فإن كان العوض عقاراً بأن اشترى داراً وأعطى له عوضا عنها عشرة أفدنة، أو وهبه دارا نظير عشرة أفدنة وهكذا فإن الشفعة تثبت فى البيع والعوض أى تثبت فى الدار والأفدنة وشفيع الدار يتملكها بقيمة الأفدنة ، وشفيع الأفدنة يتملكها بقيمة الدار(٢) .

خروج العقار من ملكه بعوض ليس مالا

١٥٠ — أما إذا خرج العقار من ملكه بعوض ليس مالا: بأن كان العوض أجر عمل أو منفعة . فلا تثبت فيه الشفعة عند الأحناف لأن المنافع والحقوق ليست بأموال ولكن الشفعة تثبت فيه عند مالك والشافعى . لأن المنافع والحقوق أموال عندهم كما قلنا من قبل . أما أحمد بن حنبل فهو مع الأحناف. يقول ابن قدامة (٣) فى كتابه المغنى إن ما انتقل بعوض غير المال لا شفعة فيه نحو أن يجعل الشقص مهرا أو عوضا فى الخلع أو فى الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الخرقى أنه لا شفعة فيه ، .

أمثلة العوض إذا كان منفعة أو حقاً أو أجراً

١٥١ — يتفرع من هذا :

إذا تزوج شخص أمرأة وجعل مهرها حصته فى دار مشتركة بينه وبين آخر ؟ — أمرأة أرادت الطلاق من زوجها فخالعته على أن تدفع له حصتها فى الدار نظير الطلاق ؟ — قتل إنسان آخر . فجاء ولى الدم وصالح القاتل

---

(١) البدائع حـ٥ ص ١١ وراجع المغنى ص ٢٩١ وما بعدها
(٢) المبسوط حـ ١٤ ص ١٢٨
(٣) المغنى لابن قدامة حـ ٥ ص ٢٩٢ .

على أن يأخذ منه حصته فى الدار المشتركة نظير الدم ؟ . عالج طبيب مريضاً فقدم له أجر العلاج حصته فى الدار المشتركة ؟ — متهم وكل عنه محامياً للدفاع عنه فحكم لصالح المتهم فقدم للمحامى حصته فى الدار المشتركة بدل أجره ؟ استغل شخص ضيعة آخر وعند مطالبته بغلة الأرض أعطى لصاحب الضيعة حصته فى الدار المشتركة ؟ — إلى غير ذلك من الأمثلة والحالات . فهل تثبت الشفعة للشركاء فى الدار فيأخذون هذه الحصة بحق الشفعة ؟

هل تثبت الشفعة

الأحناف وأحمد لا تثبت

الأحناف ومعهم أحمد بن حنبل[1] . لا يثبتون الشفعة فيها لأن العوض ليس بمال والشفيع إنما يتملك العقار المشفوع فيه بما قام على متملكه من ثمن ومؤنة ولا يمكن للشفيع هنا أن يدفع العوض .

مالك والشافعى[2] . يثبتان الشفعة فيها جميعاً لأن العوض قد تحقق . والمنافع تعتبر أموالا عندهم ، وللشفيع أن يأخذ العقار ويدفع القيمة . لكن أى قيمة يدفعها ؟ هل قيمة الحصة أم قيمة العوض ؟

الشافعى تثبت بقيمة العوض

يقول الشافعى قيمة العوض أى مهر المثل فى الزواج والخلع ، وما يقدر للقتيل من دية ، أو بأجر المثل إن كان عملا أو منفعة . لأن العوض هو الذى قام مقام الثمن والشفيع إنما يتملك المشفوع فيه بما تملك به المشترى من ثمن .

مالك بقيمة العقار

ويقول مالك . إنه يدفع قيمة العقار نفسه لا قيمة العوض . لأنه هو السبيل إلى أخذ الشىء بقدره وقيمته وقد يكون العوض مبالغاً فيه فربما يكون مهر المثل مائة جنيه ولكنه أكرمها وأعطاها حصة تساوى ضعف ذلك . وهكذا . وأرى أن هذا أعدل بالنسبة لمن يرى المنافع والحقوق

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ١٢ ، المغنى حـ ٥ ص ٢٩٢ ، كشاف القناع حـ ٢ ص ٣٧٧ ، الزيلعى حـ ٥ ص ٢٥٣ .

هذا وقد جاء بكتاب مرشد الحيران للمرحوم قدرى (باشا) ص ٢٦ المادة (١٠٨) «لا شفعة فيما ملك بهبة بلا عوض مشروط فيها أو صدقة أو إرث أو وصية ولا فى عقار ملك ببدل ليس بمال»

(٢) المغنى حـ ٥ ص ٢٩١ ، الزيلعى حـ ٥ ص ٢٥٣

أموالا.. وفى هذا يقول ابن قدامة « القسم الثانى ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهراً أو عوضا فى الخلع أو فى الصلح عن دم العمد وهذا لا شفعة فيه عند أهل الرأى وهو ظاهر كلام الخرقى . وروى عن مالك والشافعى بأن فيه الشفعة . ثم اختلفا بماذا يأخذه .

فمالك ومن معه على أنه يأخذه بقيمته لأننا لو أوجبنا مهر المثل لقومنا البضع على الأجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتسامح الناس فيه فى العادة والشافعى ومن معه على أنه يأخذه بمهر المرأة لأنه ملك الشقص ببدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل فى الأخذ بالشفعة — ولنا أنه مملوك بغير مال فأشبه الموهوب والموروث ولأنه يمتنع أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك ، وبالقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها . . الخ .

— ٤ —
بقاء المشفوع به فى ملكه حتى تتم الشفعة

١٥٢ — بقاء المشفوع به فى ملك صاحبه حتى تمام الشفعة :

يلزم الكلام هنا عن ناحيتين ١ — ملك الشفيع لما يشفع به . فلا تثبت الشفعة للجار سكنا أو استجاراً لانتفاء الملك ولأن الضرر غير دائم وفى هذا يقول الكاسانى (١) « ومنها ملك الشفيع وقت الشراء فى الدار التى يأخذها بالشفعة لأن سبب الاستحقاق جوار الملك والسبب إنما ينعقد سببا عند وجود الشرط والانعقاد أمر زائد على الوجود فإذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سببا فلا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة أو الإعارة ، ولا بدار باعها قبل الشراء ، ولا بدار جعلها مسجدا ولا بدار جعلها وقفا .

٢ — بقاء الملك حتى يدخل المبيع فى ملك الشفيع وذلك ليتحقق الاتصال وقت البيع ، وإلا فلو باع الشفيع عقاره قبل أن يباع العقار المشفوع فيه لسقط حقه لعدم وجود ملكية له وقت البيع ، وكانت الشفعة لمن حل مكانه وإذا باع عقاره بعد بيع العقار (٢) المشفوع فيه وقبل أن يتملكه بالشفعة

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ١٤ (٢) المغنى حـ ٥ ص ٣٠٤

سقط حقه أيضا لأنه لو باع قبل تملكه فكيف يتملك المشفوع فيه بواسطته بعد أن أصبح الشفيع غير مالك لما يشفع به وقت طلبه الحكم له — فلا حق له لأن الملكية فى الشفعة تثبت بالقضاء أو الرضاء — ولم يكن فى هذه الحالة لمن اشترى منه حق الشفعة لأنه وقت البيع لم يكن مالكا للعقار المشفوع به .

والعلة فى اشتراط بقاء ملكه للمشفوع به حتى يتملك المشفوع فيه واضحة إذ الشفعة شرعت لدفع الضرر المتوقع حدوثه من اللاجيء ، وهو ببيعه أصبح لا صلة له ولا جوار لهذا المشترى فمن أى شيء يخاف ، أو ما الذى يبغى توسعته ، وإلى أى شيء يضمه ؟ — والعلة أيضا واضحة بالنسبة لعدم ثبوت حق الشفعة لمن اشترى منه — فهو لما اشترى منه بعد تمام البيع . فقد اشترى بعد علمه بالبيع فهو نفسه يعتبر جديداً وطارئاً على مشترى العقار المشفوع فيه وقدومه عليه وشراؤه للعقار مع معرفته أن الشريك أو الجار أصبح فلانا يعتبر رضا منه بشركته وبجواره .

ليس لمن اشترى منه حق فى الشفعة

بل للمشترى الأول أن يشفع

بل بالعكس فإن المشترى الآخر له حق الشفعة فيما باعه الشفيع . مثاله محمد وعلى شركاء فى دار على الشيوع باع على حصته الشائعة فى الدار إلى حسن . فطالب محمد حسنا بالشفعة وقبل أن يتملك بالشفعة ويجاب إلى طلبه بالقضاء أو الرضاء باع محمد « طالب الشفعة » حصته إلى مصطفى فلا يحق لمصطفى أن يشفع فيما اشتراه حسن من على لأنه قادم عليه وحق الشفعة يسقط بإسقاط صاحبه ، وخروج عقاره الذى يشفع به قبل تملك المشفوع فيه يسقط حقه فى الشفعة أيضا . لكن حسن من حقه أن يشفع فيما اشتراه مصطفى من محمد « الشفيع » وذلك لأن حسنا ملكيته ثابتة بمجرد تمام عقد البيع فقد كان مالكا واتصل ملكه بالعقار المبيع من محمد إلى مصطفى وقت البيع هذا فيما إذا باع الشفيع كل حصته من العقار قبل الحكم فى الشفعة أو تمامها

بالرضـــاء بيعا تاما لـكن إذا باع جزءاً من حصته فيقول ابن قدامة[١] فيها وجهان :

أحدهما : تسقط لأنها استحقت بجميعه فإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقـاق الشفعة فيسقط باقيها لأنهـا لا تتبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كما لو عفى عن بعضها .

والثانى : لا تسقط لأنه قد بقى من نصيبه ما يستحق به الشفعة فى جميع المبيع لو انفرد فكذلك هنا لأن اتصال الملك موجود وبالقدر الباقى يعتبر شريكاً أو جاراً . ويقول صاحب البدائع إن باع جزءاً شائعا فله الشفعة لأن ما بقى يصلح للاستحقاق ابتداء وإن باع جزءاً معينا فإن كان من جهة بعيدة عن الدار التى فيهـا الشفعة فحقه ثابت وإن كان مـن جهتهـا واستغرق الحد فلا شفعة .

بقى أن نقول إنه لا يشترط أن تبقى ملـكية الشفيع لما يشفع به بعد تملـكه العقار المشفوع فيه بالقضاء أو بالرضاء إذ بهذا تتم ملـكيته للمشفوع فيه وأصبح حرا فيه يتصرف فى عينه ورقبته . فمن الأولى أن يحق له أن يتصرف فى عقـاره الأصلى . وقد جاء فى حاشية شلبى (٢) « فإن كان المشترى قد قبضها فبيعت دار بجوارها فللمشترى أن يأخذها بالشفعة لأنه قد ملك الدار بالقبض فصار جارا عند وقوع البيع فإذا قضى له القاضى بالشفعة ثم ظهر أن البيع الذى تملك به الدار التى شفع بها كان بيعا فاسدا ولزمه رد الدار، لم تبطل الشفعة ، لأن القضاء قد صح فلا يبطل برد الدار لمالـكها الأول لأن بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق .

لا يشفع بالوقف

١٥٣ — *لا يشفع بالوقف* : سبق أن قلنا إنه لا يشفع فى الوقف لأنه خرج من ملك الواقف بغير عوض ، ولا شفعة بالوقف أيضا . فلو كانت دار

---

(١) المغنى حـ ٥ ص ٣٠٤ وراجع فى هذا أيضاً البدائع حـ ٥ ص ٢٠

(٢) شلبى على الزيلعى حـ ٥ ص ٢٥٥

موقوفة وبيعت دار أخرى بجوارها أو كانت دار مشتركة بين وقف وملك. فلا يجوز طلب الشفعة بالدار الموقوفة . إذ لا يوجد من يمثل الوقف؟ أما الناظر فيده ليست دائمة لأنه قد يعزل ، وأما المستحق فليس له إلا الغلة ، وليس الموقوف مملوكا للناظر أو المستحقين ، ولو قيل إن الناظر يمثل الواقف إن كان مولَّى من جهته أو يمثل القاضى الذى له الولاية على الوقف إن كان مولى من جهته ، والناظر يعمل على ما فيه مصلحة الوقف ، وقد تكون مصلحة الوقف فى ضم باقى الدار إليها لتكمل المنفعة وليتخلص من ضرر هذا الشريك إذا قاسمه. لكان محل نظر على أساس أن للوقف شخصية معنوية ولعل هذا ما دفع بعض المالكية إلى إجازة ذلك إذا كان القصد من طلب الشفعة ضمه إلى الوقف . هذا وقد نص فى القانون المدنى ٩٣٩ الفقرة الثانية أنه لا تجوز الشفعة بالوقف .

١٥٤ — موت الشفيع: إذا كانت دار مشتركة بين اثنين فباع أحدهما حصته ثم مات الآخر وانتقل نصيبه إلى ورثته فهل لهؤلاء الورثة حق الشفعة؟ وهل يختلف الأمر بين ما إذا مات بعد أن طلب الشفعة ، أو مات قبل أن يطلبها ؟ ويترتب على هذا هل حق الشفعة يورث ؟ .

موت الشفيع قبل تمام الشفعة

هل يورث حق الشفعة

الأحناف

الأحناف(١) : قواعدهم تنتج أنه ليس للورثة حق فى الشفعة بعد موت مورثهم سواء أكان قد طلبها قبل وفاته أم لم يطلبها لأن ملكه زال قبل أن تتم له ملكية المشفوع فيه إن كان قد طلبها المورث والوارث لم يكن وقت البيع مالكا ، ولم يكن له ملك يتصل بالمبيع وقت البيع حتى يثبت له حق الشفعة . وبناء على هذا فحق الشفعة لا يورث عندهم إذا كان المورث قد طلبه قبل موته لأن الحقوق عندهم ليست بأموال وحق الشفعة ما هو إلا رغبة وإرادة والرغبات صفات شخصية لا تورث . وبالأولى إذا كان لم يطلبها .

غير الأحناف

باقى الأئمة يفرقون(٢) بين ما إذا كان المورث قد طلب الشفعة قبل وفاته

(١) راجع المبسوط جـ ١٤ ص ١١٦ وابن عابدين جـ٥ ص٢٥٨ ، الزيلعى جـ ٥ ص ٢٥٧

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ٩٦ ؛ المغنى جـ٥ ص ٣٤٦

أم لا . فنى الحالة الأولى يثبتونها للورثة وفى الثانية لا يثبتونها ـ وهم فى هذا يسايرون قواعدهم السابقة فى اعتبارهم الحقوق إذا كانت متعلقة بالمال ، والمنافع أموالا ولذا فهم يقولون إن حق الشفعة يورث إذ هو حق متعلق بمال وقد تعلق هذا الحق بالدار المتروكة عن المورث لورثته وهم سيتملكون الدار عنه باعتبارهم خلفاء فيتملكونها بما تعلق بها غير أن ابن قدامة روى فى كتابه المغنى أن مالكا والشافعى قالا بأن هـذا الحق يثبت للورثة سواء طلبه مورثهم أم لا ـ أما أحمد بن حنبل فهو الذى فرق ـ ولعل رجال القانون تضاربت آراؤهم فى هذه المسألة تبعا لاختلافهم فى هل حق الشفعة حق شخصى أم عينى وسيأتى بيانه .

— ٥ —
ألا يظهر من الشفيع إعراض أو رضاء

١٥٥ — الشرط الخامس : ألا يسقط حقه :

ويشترط لثبوت الشفعة بعد ذلك ألا يظهر من الشفيع مايدل على رضائه بدخول العقار فى ملك الآخر[١] إذ فى رضائه هـذا دليل على قبول شركته وجواره وعدم التضرر منه ، وطلب الشفعة بعد إظهاره ما يدل على رضائه يكون سعياً فى نقض ما تم من جهته ، ومن سعى فى هذا فسعيه مردود عليه

صراحة أو دلالة

والرضا يكون صراحة كأن يقول : رضيت بهـذا الشريك أو الجار أو يبارك له أو بشىء من ذلك ، ويكون دلالة كأن يكون وكيلا عن البائع فى بيع العقار نفسه للمشترى أو نائبا عنه فى خيار الشرط أو يكون قد ضمن المشترى فى ثمن العقار . إذ بوكالته عن البائع يكون العقار قد خرج من ملك صاحبه ودخل فى ملك المشترى بفعل الشفيع وبذا يكون قد ارتضاه شريكا أو جارا .

وكالة الشفيع عن المشترى

أما إذا كان من له حق الشفعة وكيلا عن المشترى فى الشراء فلا يسقط حقه فى الشفعة ولا يعتبر بقبوله الوكالة راضيا . إذ تمليك المشترى للعقار جاء من جهة البائع نفسه . وطلب الشفعة لا ينافى إخراج الملكية من البائع

---

١) البدائع حـ ٥ ص ١٥

وبطلبها يكون المراد إخراجها من ملك البائع لتدخل فى ملك الشفيع ، وقد يكون الوكيل قبل الوكالة ليتم العقد ، فيطلب الشفعة إذ الشفعة لا تكون إلا نتيجة معاوضة مالية .

نيابة الشفيع عن المشترى فى خيار الشرط

وكذا لو جعل المشترى خيار الشرط لمن له حق الشفعة فإن حقه لا يسقط إذا فسخ العقد . إذ البيع بات بالنسبة للبائع ، أما إذا سكت وفوت المدة أو أجاز البيع فيسقط حقه ويكون هذا دليل الرضا .

دار مشتركة بين محمد وعلى ، فباع محمد حصته لخالد ، على أن يكون على « شريكه » ضامناً للمشترى فى الثمن . فقبل ذلك وهو حاضر وضمن ، وتم العقد . فإذا ما طالب على بالشفعة بعد هذا فلا حق له ، لأن ضمانه للمشترى فى الثمن دلالة على رضائه به وعدم اعتراضه عليه ، لأن إتمام العقد وإبرامه يتعلق به فكان دليل الرضا .

ولو اشترى المشترى الدار ، على أن يضمن الشفيع الدرك عن البائع فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع فلا شفعة للشفيع ، لأنه لما ضمنه الدرك فقد صار راضياً بالعقد وحكمه ، وهو الملك للمشترى فلم تجب الشفعة .

إعراض الشفيع نتيجة خبر كاذب

لكن إذا ظهر من الشفيع ما يدل على رضائه بعقد البيع وإعراضه عن الشفعة ، وكان رضاؤه وإعراضه(١) نتيجة التدليس عليه أو خديعته فى الثمن أو فى الحصة المباعة أو فى شخص المشترى ، كما إذا أخبر بثمن أكثر من الحقيقة فأسلم فى الشفعة أو أخبر بأن المبيع هو جزء من الحصة فأعرض ثم ظهر أن المبيع هو كل الحصة أو عكس ذلك ، أو أخبر بأن المشترى فلان فلم يعترض على أساس أنه يثق به ثم تبين أن المشترى شخص آخر . كل هذا لا يسقط الشفعة ، ولا يعتبر دليلا على إعراضه .

تنازل الشفيع قبل البيع

١٥٦ — تنازل الشفيع قبل البيع أو عن الشفعة والبيع بالمزاد :

إذا عرض البائع على الشفيع رغبته فى بيع عقاره بمبلغ كذا لفلان

(١) البدائع حـ ٥ ص ١٩ المبسوط للسرخسى حـ ١٤ ص ١٠٥ ، ص ١١١

الذى يقبل الشراء بهذا الثمن أو عرض المشترى نفسه على الشفيع قبل تمام العقد وأظهر له رغبته فى شراء هذا العقار بالمبلغ الذى حدده البائع وهو كذا وسأله كلاهما أو أحدهما رأيه هل له رغبة فى الشفعة فرفض أو أعرض قال (١) الفقهاء إن حق الشفيع رغم هذا لا يسقط ومن حقه بعد تمام البيع أن يطلب بالشفعة لأنه حينما رفضها أو أعرض عن طلبها كان لم يثبت له حق بعد حتى نقول إنه قد تنازل عنه لحق الشفعة لا يثبت إلا فور البيع. ولكن بعض (٢) فقهاء الأباضية يرون عكس ذلك ويقولون إن مثل هذا مسقط لحقه فى الشفعة والمشترى لم يقدم على الشراء إلا بعد أن استأذن من له حق الشفعة واستوثق من عدم رغبته.

يقول ابن قدامة : لم تسقط شفعته وله المطالبة بها متى وجد البيع. هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعى وأصحاب الرأى وروى عن أحمد ابن حنبل. قال ابن المنذر وعن أحمد رواية أخرى بأنها تسقط.

ولعل ماذهب اليه الأباضية وماروى عن أحمد أعدل وأرفق بالناس وخصوصاً أن الشفعة قد ثبتت على خلاف الأصل لدفع الضرر الذى أصاب الشفيع من البيع لآخر من غير استئذانه والعرض عليه، إذ قد يكون فى حاجة إلى هذه الحصة ليوسع بها عقاره. لكن بعد عرض المبيع على هذا الشريك أو الجار ورفضه أو إعراضه قد انعدمت الحكمة التى من أجلها شرعت لأنه يدل على عدم تضرره من البيع ولم نذهب بعيداً ونتجه ناحية الإستنتاج وهاهو النص الصريح يؤيدنا. فقد سقنا لكم فى أدلة الشفعة أنه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالشفعة فى كل شرك لم يقسم ربعه أو حائطه لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باع ولم يستأذن فهو أحق به، أليس هذا بدليل صريح على أن الشريك بعد أن يستأذن شريكه فى البيع ويرفض كان من حقه أن يبيع للغير وإلا فما

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ١٩

(٢) شرح النيل حـ ٥ ص ٦٥٧ وراجع المغنى لإبن قدامة حـ ٥ ص ٣٤٩، ص ٣٥٠

معنى وإن شاء ترك ؟ ! ثم ألا يفهم من قوله فإن باع ولم يستأذن فهو أحق به أنه إذا باع بعد الاستئذان يسقط حقه ؟ !

وعلى كل فقد أخذ بهذا الرأى بعض الفقهاء وطائفة من أهل الحديث وفى هذا عدل ورحمة بالناس وإقرار لمصالحهم ومعاملاتهم . وقد أحسن المشرع الوضعى حينما اتجه هذه الوجهة فقد نصت المادة / ٩٤٨ من القانون المدنى الجديد الفقرة الأولى «يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع »

البيع بالمزاد وحق الشفعة

وعلى هذا الأساس يكون الكلام فى العقار الذى يباع بطريق المزاد العلنى . فالفقهاء على أن حق الشفيع فى الشفعة قائم لأنه لا يظهر ولا يوجد إلا فور البيع فأثناء المزاد كان حقه لم يوجد ، ولكن على رأى الأباضية يسقط حق الشفيع فى طلب الشفعة فى العقار الذى بيع بطريق المزاد العلنى مادام الشفيع قد علم بالمزاد وأعرض عنه أو لم يقبل الزيادة ، إذ يكون فى هذا دليل على أعراضه وعدم رغبته فى تملك البيع .

والقانون المدنى الجديد فى المادة/٩٣٩ الفقرة الأولى تنص على أنه «لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقاً لإجراءات رسمها القانون»

هل الشفعة حق شخصى أم عينى

١٥٧ – حق الشفعة شخصى لا عينى : الشفعة حق شخصى لأنه مجرد رغبة ومشيئة لمن كان شفيعاً وتوافرت فيه شروط الشفعة . فهو عبارة عن مجرد حق طلب التملك ، ولذا وصفه الفقهاء بأنه حق ضعيف ، وكان من الحقوق التى لا تؤول إلى مال ، ولا يمكن أن يستعاض عنها بمال ، كما أنه لا ينتقل من شخص إلى وارثه كما يرى بعض الفقهاء ولا إلى من اشترى منه كما لا ينتقل إلى الموهوب له ، وبالتالى فهو لا يثبت له لو خرج العقار المطلوب فيه الشفعة من ملك صاحبه بغير عوض ، وفوق ذلك فهو يسقط بالاسقاط بل بمجرد التوانى فى الطلب والإعراض .

هذا ما أراه نتيجة لآراء الفقهاء وأقوالهم وخصوصاً أن الحقوق العينية قد حددت عند الفقهاء وبينت أسبابها . وما الشفعة إلا حق شخصي للشفيع عن طريقه يصل إلى حق عيني بعد أن يقضى له بالشفعة أو يتملكها بالرضاء

أما رجال القانون فالمسألة عندهم خلافية وظهر خلافهم هذا فى أحكام القضاة فبعض المحاكم تتجه إلى أنه حق شخصي وبعضها يتجه إلى أنه حق عيني وقد حدثنا الأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى فى كتابه الشفعة فى القانون الأهلى والمختلط والشريعة الأسلامية (١) بأن الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف أصدرت حكما فى ٣ / ٥ /١٩٣٠ قضى بأن حق الشفعة لا ينتقل إلى الوارث بوفاة الشفيع قبل التملك بالتراضى أو بالقضاء

---

(١) من ص ٣٢ إلى ص ٣٦ . وبعد أن استعرض سيادته أحكام المحاكم وآراء رجال القانون قال « وعندنا أن حق الشفعة سبب من أسباب كسب الملكية وهو أقرب إلى الحق العينى منه إلى الحق الشخصى . . . »

القسم الثاني

إجراءات التملك بالشفعة وبطلان ملكية البائع

الفصل الأول

إجراءات طلب الشفعة

لزوم الطلب لجميع المبيع فورا

١٥٨ – يجب على الشفيع طلب جميع المبيع: من ثبت له حق الشفعة لتوفر أسبابها، وأراد أن يأخذ المبيع بالشفعة وجب عليه أن يطلب جميع المبيع، سواء أكان يشفع فيه غيره ممن هو أقوى منه سبباً أو ممن هو في درجته، وسواء أطلب من له حق الشفعة أم لم يطلب، وذلك كي لا تتجزأ الصفقة على المشتري إذا تنازل أحد الشفعاء أو أسقط حقه في الشفعة إذا كان الشفعاء من درجة واحدة، وليكون الشفيع الآخر قد بادر بطلب الشفعة عند علمه بالبيع، إذا كان أقل مرتبة من سابقه الذي تنازل أو أسقط حقه، وفي تجزئة الصفقة على المشتري أضرار به وهو ضرر الشركة، والقاعدة أنه لا ضرر ولا ضرار، ودفع الضرر بالضرر لا يجوز في مثل هذا، وفي تأخر الشفيع عن طلبها لوجود من هو أقوى منه إسقاط لحقه ومخالفة للحديث فقد روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم: «الشفعة لمن واثبها» أي طلبها على وجه السرعة ولما روى عن الرسول عليه السلام «إنما الشفعة كحل عقال إن قيد مكانه ثبت وإلا فاللوم عليه»[1] وإنما كان ذلك لأن الشفعة حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس، إذ الأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير إذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم، فلا يستقر إلا بطلب كل من

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ١٧ وروى الحديث بعبارة أخرى «إنما الشفعة كنشط عقال إن قيد مكانه ثبت وإلا ذهب» وراجع المغني حـ ٥ ص ٣٠٠ والمبسوط حـ ١٤ ص ١١٦/١١٧

يحتمل أن يثبت له هذا الحق عند علمه بالبيع جميعَ المبيع.

لو طلب الشفيع بعض المبيع

فلو طلب الشفعة فى مقدار نصيبه فقط، أو طلب الشفعة فى جزء المبيع تاركاً الباقى. هل يبطل حقه فى طلب الشفعة[1]؟ يروى عن محمد بن الحسن أن حقه فى الشفعة سقط بطلب البعض دون البعض، ووافقه على ذلك بعض أصحاب الشافعى. إلا إذا كان قد سبق ذلك أنه طلب الكل فأبى المشترى فقال له حينئذ: اعطنى نصف المبيع مثلا، فإن هذا لا يكون تسليما، ولا يترتب عليه إسقاط حقه فى الشفعة، وإنما أسقط محمد حق الشفيع فى الجميع بطلب البعض أولا. لأنه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه فى النصف الآخر فلزم إبطال النصف الآخر أيضاً كى لا تتجزأ الصفقة على المشترى.

ويقول أبو يوسف أن طلب البعض ابتداء لا يسقط حقه فى طلب جميع المبيع بعد ذلك لأن الحق ثبت له فى كل المبيع، والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط وهو لم يسقط حقه فلزم أن يبقى كما كان. فإن شاء أخذ الجميع وإن شاء ترك.

وروى ابن قدامة أن مذهب أحمد بن حنبل مع محمد بن الحسن فيقول: «ولنا أنه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيها لأنها لا تتبعض.

وسواء فى ذلك ما إذا كان المشترى قد اشترى المبيع من شخص واحد أم من أكثر مادام المبيع شيئاً واحداً لأن فى أخذ البعض تجزئة على المشترى والتملك بالشفعة يشترط له شرطان أن يكون برضاء المشترى مع التسليم أو بقضاء القاضى الثانى أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشترى.[2]

أما إذا كان المبيع شيئاً بين شيئين متمايزين كأن اشترى دارين صفقة واحدة.

تعدد المبيع فى صفقة واحدة

فإن كان الشفيع سبب الشفعة يثبت له الشفعة فيها لزمه أن يطلبها جميعها عند الامام وصاحبيه لأن الصفقة وقعت مجتمعة وفيها الجيد والردىء فى تفريقها

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ٢١ المغنى حـ٥ ص ٣٠٣.

(٢) البدائع حـ٥ص٢٥، الهداية حـ٤ص٣١، تكملة الفتح حـ٧ص٤٥٠ والمبسوط حـ١٤ص١٠٤.

ضرر . وقال زفر له أن يأخذ إحدى الدارين بحصتها فى الثمن ولا ضرر على المشترى لانتفاء الشركة التى منعت تفرقة الصفقة من أجلها .

وإن كان سبب الشفعة يثبت له الشفعة فى بعضها دون الآخر لزمت فيها بحصتها واعتبرت كأنها عقدان مختلفان لأن الشفيع لا يملك أن يأخذ مالا يستحقه بالشفعة ولا ينبغى أن يسقط حقه فى الشفعة وخصوصا أن المبيع متفرق فالتفرقة لا تؤدى إلى شركة [1] .

إذا تعدد المشترون وطلب حصة أحدهم

أما إذا كان المشترى أكثر من واحد وطلب الشفيع الشفعة فى حصة أحد المشترين دون الآخر صح ذلك ولا يعتبر تجزئة للمبيع على المشترى لأن الشفيع قد طلب جميع القدر الذى تملكه هذا المشترى . ولأن المشترى الثانى قد يكون محل قبول فى نظر الشركاء ولم يمانعوا فى مشاركته فسلمت له حصته جميعها . وخرج الآخر من كل حصته فلا ضرر على أحد .

طلب الكل ثم اتفق مع المشترى على الجزء

أما إذا طلب الشفيع كل المبيع ثم اتفق مع المشترى على أن يأخذ البعض بالتراضى فإن كان هناك شفيع آخر دونه أخذ الباقى مادام قد طلب الشفعة عند علمه بالبيع ، ولا ضرر على المشترى فى هذا لأنه فى حالة ما إذا أخذ الشفيع الآخر الباقى فهو لم يبق شيئاً لحسابه حتى يتضرر من التجزئة ، ولا ينبغى للشفيع الأول أن يتضرر لأنه هو الذى جزء الصفقة باتفاقه مع المشترى ، وقد اكتفى بما أخذ . فإذا لم يكن هناك شفيع آخر سوى الذى تراضى مع المشترى فإن ما بقى من الشفيع يأخذه المشترى ولا ضرر على أحد لأن التجزئة باتفاقهما ورضائهما .

تنازل عن الشفعة بعد طلبها لشخص

أما إذا تنازل الشفيع عن جميع حقه فى الشفعة للمشترى أو لشفيع آخر [2] فإن هذا التنازل كما سبق بيانه لا يفيد المتنازل له فى شىء لأنه لم يملك شيئاً حتى يملكه لغيره وقد سبق بيانه غاية ما فى الأمر أنه يعتبر قد أسقط

---

(١) المسألة محل تفصيل فارجع إليه فى البدائع حـ ٥ ص ٢٦ والمبسوط حـ ١٤ ص ١٠٤

(٢) المغنى حـ ٥ ص ٣٣٨

حقه فى الشفعة فلا يحسب له وجود وتقسم على الباقين - ممن يستحقون الشفعة ويكونون قد طلبوها - بالتساوى ولا أثر لما فعله بالنسبة للغير. مع ملاحظة ما قاله أبو يوسف فى الحجب.

طلبات الشفعة

١٥٩ - ما يلزم لطلب الشفعة: الفقهاء قد وضعوا للشفيع درجات فى طلب الشفعة فقالوا إنه لابد من أن يظهر رغبته عند علمه بالبيع ثم يؤكد هذه الرغبة ويعلنها فإذا وافقه المشترى على طلبه تملك المشفوع فيه بالرضاء والتسليم وإلا تقدم للقضاء ولذا تجد الفقهاء يتكلمون عن ثلاثة طلبات طلب المواثبة، وطلب التقرير وطلب الخصومة يقول صاحب الهداية (١) «الشفعة تجب بعقد البيع وتستقر بالإشهاد ولا بد من طلب المواثبة لأنه حق ضعيف يبطل بالأعراض فلابد من الإشهاد والطلب ليعلم من ذلك رغبته فيه دون إعراضه عنه ولأنه يحتاج إلى إثبات طلبه عند القاضى، ثم يقول «إذا علم الشفيع بالبيع أشهد فى مجلسه على المطالبة وهو طلب المواثبة ثم ينهض منه ويشهد على البائع إن كان المبيع فى يده أو على المشترى أو عند العقار فإذا فعل ذلك استقرت شفعته ثم طلب الخصومة والتملك...»

المواثبة

١٦٠ - طلب المواثبة أو إظهار الرغبة: المواثبة من الوثب وهو العدو الشديد وسمى بذلك لقول عليه السلام الشفعة لمن واثبها فيلزم الشفيع بمجرد علمه بالمبيع والمشترى والثمن أن يبادر ويظهر أنه يرغب فى أخذ هذا المبيع بالشفعة وإلا فإذا أهمل ولم يظهر هذه الرغبة اعتبر ذلك منه إعراضا وسقط حقه فى طلب الشفعة وليس لطلب المواثبة لفظا معيناً والصحيح[٢] أنها تطلب بأى لفظ يفهم منه رغبته فى الشفعة.

طريق علم الشفيع بالبيع

١٦١ - متى يعتبر عالما بالبيع: - إما أن يكون الشفيع جالساً فى مجلس العقد وبذا يكون قد شاهد بنفسه وسمع بالبيع فيلزمه إظهار الرغبة فى المجلس

(١) الهداية جـ ٤ ص ٢٠ منقول بتصرف.

(٢) الزيلعى جـ ٥ ص ٢٤٣ تكملة الفتح والعناية بهامشه جـ ٧ ص ٤١٩ والمبسوط جـ ١٤ ص ١١٦/١١٧

أما إذا لم يكن حاضرا فى مجلس العقد ولكن قد أخبر بالمبيع والثمن والمشترى فإنه يلزمه الطلب عقب هذا الإخبار بحيث إذا أهمل يعتبر معرضا عن الشفعة ويسقط حقه فيها. لكن [1] الإمام أبو حنيفة يشترط ليكون الإخبار صحيحا ملزما ويترتب عليه إسقاط حق الشفعة عند الإعراض أن يتوفر فيه أحد أمرين أو هما معا العدد أو العدالة فلابد عنده أن يكون المبلِّغ إما رجلا عدلا ثقة لا يعرف عنه الكذب، وإما رجلين أو رجلا وامرأتين لأنه إخبار فيه معنى الإلزام ويترتب عليه إسقاط حق الشفيع فى الشفعة إذا لم يطلب — أما الصاحبان فلا يشترطان شيئا من ذلك حتى لو أخبره بذلك صبي أو فاسق أو امرأة اعتبر عالما بالبيع عندهما فإذا لم يظهر رغبته فى طلب الشفعة سقط حقه فيها إذا ظهر صدق الخبر ألا ترى أن المشترى لو كان فاسقا وذهب بمفرده وأخبر الشفيع فأهمل فى الطلب سقط حقه اتفاقا — لكن التشريع المصرى فى القانون المدنى الجديد قد حدد طريقا للعلم قاطعا لكل نزاع وهو لا يتنافى مع روح الفقه الإسلامى الذى يراعى العرف وتغير الأحوال فقد جاء فى المادة (٩٤٠) ما يفيد أنه يبدأ علم الشفيع من تاريخ الإنذار الذى يرسله البائع أو المشترى إلى الشفيع وجاءت المادة ٩٤١ وبينت ما يجب أن يشتمل عليه هذا الإنذار.

١٦٢ — **إعراض الشفيع بناء على خبر ظهر كذب بعضه**: إذا أخبر بأن المشترى محمد وأن المبيع هو كل حصة الشريك أو أن الثمن هو ألف جنيه فأعرض عن طلب الشفعة إما لأن المشترى شخص يطمئن إلى مشاركته ويرتاح إليه وإما لأنه لا يستطيع أن يشترى كل الحصة أو لا يلزمه جميع العقار وإما لأنه لا يقبل أن يشترى جزءا صغيراً إذ الشركة معه باقية أو لأن الثمن أكثر من قيمة المبيع فى نظره فإذا ظهر له بعد ذلك أن المشترى شخص آخر أو أن القدر المبيع على خلاف ما أخبر أو أن الثمن أقل مما سمع كان حقه

إذا أعرض ثم ظهر تحريف الخبر

(١) البدائع جـ ٥ ص ١٠٧، المغنى جـ ٥ ص ٣٠١، تكملة الفتح والعناية بهامشه جـ ٧ ص ٤١٩

فى طلب الشفعة باقيا ولا عبرة بالإعراض أو الإسقاط السابق وفى هذا يقول صاحب البدائع[١] « ينظر إن كان لا يختلف غرض الشفيع فى التسليم صح التسليم وبطلت الشفعة ، وإن كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفعته ». ويقول ابن قدامة « إذا أظهر المشترى أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير . وكذلك إن أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة » وعلى هذا لو حط البائع عن المشترى شيئا من الثمن أو زاده شيئا فى العقار كآلات زراعية للأرض بعد إعراض الشفيع فلا يبطل حقه فى الشفعة ويسرى نقصان الثمن عليه أيضاً .

وقت طلب المواثبة

١٦٣ — **وقت طلب المواثبة** : — عند علم الشفيع بالبيع لزمه أن يطلب الشفعة فور علمه من غير انتظار مادام غير قادر على إظهار الرغبة فإذا علم بالبيع وسكت ولم يطلب فوراً مع قدرته سقط حقه فى الشفعة لأن الشفعة لمن واثبها ولأنها حق ضعيف جاء على خلاف الأصل لكن محمدا بن الحسن يرى أن للشفيع أن ينتظر طالما المجلس لم يتغير فلم ينصرف عنه أو يتشاغل بشىء آخر وقيل إن قول محمد هو الأصح[٢] لأن حق الشفعة إنما يثبت للشفيع دفعا للضرر عنه فيحتاج إلى التروى والتأمل وموازنة الثمن مع المبيع وإليك بعض ما يقوله ابن قدامة فى هذا « الصحيح فى المذهب - يعنى مذهب ابن حنبل - أن حق الشفعة على الفور وإلا بطلت وهو قول أبى حنيفة والشافعى فى أحد قوليه » ثم يروى بعد ذلك عن بعض الفقهاء أن للشفيع أن يظهر هذه الرغبة فى ثلاثة أيام وهو قول الشافعى »[٣]

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ١٩ ؛ المغنى حـ٥ ص ٣٠٤ ويشير صاحب الهداية إلى ذلك حـ ٤ ص ٢١ بقوله « إذا كان الخبر حقاً .. »

(٢) البدائع حـ ٥ ص ١٧ ، المغنى حـ٥ ص ٢٩٩ ، ٣٠٠ والهداية حـ ٤ ص ٢٠ ، تكملة الفتح حـ ٧ ص ٤١٨

(٣) راجع المبسوط حـ ١٤ ص ١١٧

الاشهاد على طلب المواثبة

١٦٤ — الاشهاد على طلب المواثبة إنه أمكن : وعلى كل فإن الشفيع إذا علم بنفسه فى مجلس التبايع فإنه يظهر رغبته ويطلب المواثبة فى المجلس أمام المتعاقدين ، ومن يكون حاضراً من شهود ، وإذا علم بالبيع بواسطة الإخبار فإنه يظهر رغبته فى مجلس العلم ويكون ذلك أمام الشهود الذين أخبروه أو من كان حاضراً وقت الإخبار أما إذا أخبر برسالة أو بطريق لم يكن معه من يشهده على إظهار رغبته وطلبه المواثبة . فالفقهاء لم يشترطوا لطلب المواثبة الإشهاد عليها فيعتبر من أظهر رغبته بمجرد العلم من غير وجود شهود يشهدهم طالبا لها ديانة أمام الله ، أما إذا نازعه المشترى ، وأنكر عليه إظهار رغبته وقت العلم فإنه سيحتاج إلى إثبات قطعاً ولذا استحسن الفقهاء أن يشهد على طلبه المواثبة . فإذا لم يوجد بمجلسه من يشهده انتظر حتى يحضر من يشهده أو أرسل فى طلب من يصلح للشهادة[1]

طلب التقرير

١٦٥ — طلب التقرير : ويسمونه طلب التأكيد :

بعد أن يظهر من له حق الشفعة رغبته فى أخذ المبيع بالشفعة فور العلم لابد له من أن يؤكد هذا الطلب بطلب آخر يسمى طلب التقرير ، فيه يقرر رغبته فى الشفعة ويؤكدها ، لأن طلب المواثبة إنما كان لمجرد إظهار الرغبة ولم يكن عنده من الوقت مايكفى للتروى والتفكير والموازنة ومعرفة حال المشترى ولكنه لم يقصد به إلا حفظ حقه فى طلب الشفعة كى لايكون سكوته وعدم إظهار رغبته دليلا على رضائه بالبيع وبالمشترى . فألزمه الشارع أن يؤكد هذه الرغبة ويقررها بطلب جديد وفى هذا يقول صاحب الهداية [2] « الثانى طلب التقرير والإشهاد لأنه محتاج إليه لأثباته عند القاضى ، ولا يمكن الإشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير » .

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ١٧ ، ١٨ ؛ تكملة الفتح حـ٧ ص ٤١٨ .

(٢) الهداية حـ٤ ص ٢١ المبسوط حـ ١٤ ص ١١٧

عند من يطلب طلب التقرير

١٦٦ — الجهة التي يتقدم إليها بطلب التقرير: يكون هذا الطلب عند نفس العقار المشفوع فيه الذى يتعلق به الحق ، أو عند المشترى نفسه لأن المبيع سيؤخذ منه . وإما عند البائع إذا كان المبيع لم يخرج من يده إلى يد المشترى لأنه سيطالبه بتسليمه العين وعدم تسليمها للمشترى . أما إذا كان البائع قد خرج المبيع من يده . فلا يكون خصما ولا يصح أن يطلب طلب التقرير عنده لأنه قد أصبح أجنبيا عن العقار فإذا طلب منه فى هذه الحالة فقط من غير أن يطلب من المشترى أو عند العقار فقد أسقط حقه لتركه الخصم الحقيق أو مايتعلق به التخاصم [1] ، ويجب أن يكون الطلب فقط إما عند العقار نفسه باعتباره قد تعلق به الحق ، وإما عند المشترى نفسه الذى فى يده العين ، والمبيع سيؤخذ منه . يقول صاحب الهداية : ويشهد على البائع إن كان المبيع فى يده أو على المبتاع أو عند العقار فإذا فعل ذلك استقرت شفعته . وهذا لأن كل واحد منهما خصم فيه فللأول اليد وللثانى الملك ولأن الحق متعلق بالمبيع » .

قد يكون طلب المواثبة والتقرير فى مجلس واحد

وعلى كل فالشفيع إما أن يعلم بالبيع العلم الصحيح كما قدمنا فى مجلس يضم المتعاقدين . أو البائع والمبيع فى يده ، أو المشترى . أو يكون ذلك عند نفس العقار المبيع مع وجود من يصلح للشهادة فى كل هذا . ففى هذه الحالات يكون الشفيع ـ إذا ما أظهر رغبته أمامهم وطلب المواثبة بأى عبارة تدل على رغبته فى أخذ المبيع . بما قام عليه من ثمن بسبب استحقاقه الشفعة ثم يشهد بالمجلس على أنه قد علم الآن بأن فلانا باع كذا « جميع حصته أو بعضها » إلى فلان بمبلغ كذا ومن حق أن آخذه بالشفعة بسبب كذا « الشركة . الاختلاط فى المرافق . الجوار » وقد أظهرت رغبتى بطلب الشفعة عند العلم وأنا أقرر هذا وأشهدكم عليه . — قد جمع بين طلبى المواثبة والتقرير فى مجلس واحد . واشترط أبو يوسف أن يحدد المبيع ويسميه

---

(١) تكملة الفتح على الهداية والعناية بهامشه حـ ٧ص ٤١٩ ، ص ٤٢٠

لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم، والعقار لا يتحقق تمام العلم به إلا بالتحديد فلا يصح الطلب والإشهاد بدونه، ولكن فى كتب ظـــاهر الرواية أن التحديد ليس بشرط.

الإشهاد على وقت طلب التقرير

أما إذا كان طريق علمه بالبيع الإخبار كما تقدم، وطلب المواثبة فور العلم وكان بعيدا عن العقار المبيع أو عن المشترى أو البائع الذى فى يده العقار وجب عليه أن يتوجه فوراً إلى الموجود منهم فى الجهة التى هو بها ويطلب طلب التقرير ويذكر فيه ماسبق ويشهد على ذلك استحسانا لأن المشترى قد ينازعه فى الطلب ولا يسلم له المبيع فيحتاج إلى مخاصمته وهنا قد ينكر عليه المشترى أنه طلب الشفعة أو أنه أكد هذا الطلب، ولذا نجد بعض الفقهاء يشترطون الإشهاد على طلب التقرير. بل وسموه طلب الأشهاد [1]، ولذلك تجد صاحب الهدية «يقول فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير ثم يقول «ثم ينهض من المجلس ويشهد على البائع ويصدر طلب التقرير بأن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدا على ذلك»، ومنه تتبين أنه يشترط الإشهاد بل يرى أن هذا الطلب ما كان إلا لإثبات رغبته والإشهاد عليها ليستند إليها لدى القضاء عند الإنكار.

الوقت الذى يجب أن يطلب فيه التقرير

١٦٧ — **وقت طلب التقرير**: — قلنا إنه يجب عليه أن يتوجه فورا والمراد بالفورية هنا أول فرصة يمكنه فيها التوجه إلى أحد هؤلاء. فإذا مضى وقت كان يستطيع فيه الوصول إلى أحدهم ولم يفعل من غير عذر يمنعه من التوجه أو الاتصال بهم سقط حقه فى الشفعة، ولا عبرة بطلب المواثبة. وإنما قال الفقهاء ذلك واشترطوا السرعة فى إبداء الرغبة وتأكيدها بالطلب كى يتبين المشترى حقيقة موقفه وتستقر الأمور والمعاملات فلا يكون هناك مجال لتصرف المشترى فى العقار وليستقر على رأى مؤكد على وجه سريع،

---

(١) البدائع جـ ٥ صـ ١٨ وتكملة الفتح جـ ٧ صـ ٤١٩، ٤٢٠

ولذا قال الفقهاء إذا كان أحد هؤلاء الثلاثة فى الجهة التى بها الشفيع ، والآخران فى بلد آخر وجب على الشفيع أن يقرر طلبه ويؤكده ويشهد عليه عند الذى فى جهته والأقرب اليه مع ملاحظة أن البائع لا يعتبر إلا إذا كان المبيع فى يده . وقالوا إذا ترك القريب وذهب إلى البعيد الذى فى بلد أخرى سقط حقه فى الشفعة لأنه لم يطلبها على الفور وكان فى مقدوره ذلك فلو تعاقد البائع والمشترى فى غير موضع العقار فليس على الشفيع أن يذهب إليهما ولكنه يطلب ويشهد على الطلب عند الدار لأن الشفيع إذا كان عند الدار والعاقدان فى جهة أخرى تعين الطلب والإشهاد عندها فإذا تركها وذهب إليهما بطلت شفعته (١) أما إذا لم يكن فى مقدوره الطلب لوجود عذر يمنع من الوصول إلى الدار أو إليهما لا تبطل شفعته حتى يزول الحائل ولا يعتبر عذرا لو لقى الشفيع المشترى فى مكان بعيد عن جهة العقار فامتنع عن الطلب حتى يعود إلى موطن العقار فإن فعل ذلك سقطت شفعته والنسيان لا يعتبر عذراً فتسقط معه الشفعة (٢) .

طلب عند التمكن من الطلب

أما إذا كانوا جميعاً فى بلد واحد صغير فلا تبطل شفعته بطلبها من البعيد وتركه القريب ، واعتبر الفقهاء أن البلدة تعتبر صغيرة إن كانت أقل من فرسخ فى فرسخ (٣) وعلى كل فإن الفقهاء لم يحددوا لطلب التقرير وقتا معيناً وإنما قالوا يطلبها عند التمكن فى أول فرصة فإذا علم ليلا وأخر الطلب إلى الصباح فهو عذر وإن كان فى سفر وعلم وطلب المواثبة لزمه أن يرسل عنه وكيلا إن أمكن أو يرسل للمشترى كتاباً يقرر فيه طلبه فإذا لم يتمكن من شىء من ذلك لحقه فى الشفعة قائم وإن تمكن ولم يفعل سقط حقه (٤) وفى البدائع « وإذا طلب الغائب المواثبة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة حتى يأتى

---

(١) البدائع ج ٥ ص ١٨ وتكملة الفتح ج ٧ ص ٤١٩ ، ٤٢٠

(٢) المغنى ج ٥ ص ٣٠٣

(٣) فى القاموس ج ١ ص ٢٦٦ الفرسخ ثلاثة أميال هاشمية . أو إثنا عشر ألف ذراع أو عشرة آلاف .

(٤) المغنى ج ٥ ص ٣٠٠ والبدائع ج ٥ ص ١٨

إلى حيث البائع أو المشترى أو الدار لازيادة عليه لأن تأجيل هذا القدر للضرورة وقد أحسن القانون المدنى المصرى حينما حددموعداً لطلب التقرير الذى سماه بإعلان الرغبة فى المادة (٩٤٠) فهى تنص (على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه اليه البائع أو المشترى وإلا سقط حقه . ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك وقد بينت المادة (٩٤١) الإنذار المشار إليه وما يجب أن يشمله . . وعلى كل فهذه إجراءات تخضع لعرف الإقليم ولا تتنافى مع قواعد الفقه الإسلامى وخصوصا أننا أشرنا قبل إلى أن من الفقهاء من وسع على الشفيع فى الوقت الذى يجب أن يطلب فيه الشفعة .

الوقت الذى يراه القانون

طلب الخصومة

١٦٨ — **طلب الخصومة** : ويسميه صاحب الهداية طلب التمليك . بعد أن يطلب الشفيع طلب المواثبة عند علمه بالبيع وأكد هذه الرغبة بالإشهاد الذى هو طلب التقرير أصبح حقه فى الشفعة مستقراً وعند علم المشترى بذلك فإن رضى بطلبه ووافقه عليه وسلم له المبيع انتهى الأمر وثبتت ملكية الشفيع للمشفوع فيه بالرضاء مع الاستلام وانتهى الأمر على ذلك . أما إذا نازعه وأنكر عليه حقه فعلى الشفيع أن يتقدم بطلب آخر . لكن لا إلى أحد المتبايعين وإنما إلى القضاء ، فيرفع دعوى الشفعة . وهذا الذى يسميه الفقهاء بطلب الخصومة وهو آخر المراحل الذى على ضوئه يستقر الملك للمشترى أو يثبت للشفيع .

وقت المخاصمة أبو يوسف

١٦٩ — **الوقت الذى ترفع فيه الدعوى** : لكن متى يتقدم الشفيع بهذه الدعوى أو بهذا الطلب[٢] يقول أبو يوسف فى أول مجلس قضاء يمكنه أن يتقدم فيه بالدعوى وإلا سقط حقه فى الشفعة إذا لم يتقدم بطلب الخصومة فى أول مجلس للقضاء من غير أن يمنعه عن ذلك عذر مقبول . وذلك لأن فى تأخيره

---

(١) تكملة الفتح ﺟ ٧ ص ٤٢١ المبسوط ﺟ ١٤ ص ١١٨

ضرراً بالمشترى لأن تقييد الشفيع بزمن محددفيه ضرر عليه لأنه قد يكون معذوراًفإنظروف الناس وأحوالهم تختلف فيجب عدم تقييده بزمن .

محمد وزفر

وروى عن محمد بن الحسن وزفر : أنه يجب على الشفيع أن يخاصم فى مدة شهر من وقت طلب التقرير وإلا سقط حقه فى الشفعة وحددا شهراً لأنه الحد الفاصل بين الزمن القريب والبعيد . وهى رواية عن أبى يوسف أيضاً .

الإمام

أما الإمام : فلم يقيد الشفيع بوقت . وقال إن من حق الشفيع أن يرفع هذه الدعوى فى أى وقت شاء ما دام قد استقر حقه بطلب التقرير . فلا يسقط حقه الثابت المستقر بتأخره فى المخاصمة حتى لو كان ذلك من غير عذر وقال إن مثل هذا كمثل الدين فإن تأخير المطالبة به لا يسقطه .

وأرى أن هذا لايخلو من نظر إذ التأخيرفى المطالبة بالدين لايتضرر منه المدين وإنما تأخير طلب الشفيع يتضرر منه المشترى لأنه يبقى مهدداً بزوال الملك من يده إلى يد الشفيع إذا ما خاصمه لدى القضاء . وقد يترتب عليه أن يتقدم بعض من يستحق الشفعة بطلبى المواثبة والتقرير . ولا يخاصم ، ولا يقصد بهذا سوى مساومة المشترى هذا ما رآه الفقهاء فى تحديد الزمن الذى ترفع فيه الدعوى بحيث لو تأخر عنه سقط حقه فى الطلب — أما القانون فإنه لم يذهب بعيداً بل حدد فى المادة (٩٤٣) ثلاثين يوما من تاريخ إبداء الرغبة لرفع الدعوى فيكون متمشيا مع ما يراه محمد وزفر .

ما يجب أن يشتمل عليه طلب الخصومة

١٧٠ — ما يحتويه الطلب : فإذا ما تقدم الشفيع بطلب الخصومة فى موعده لزم أن يكون هذا الطلب شاملا (١) اسم البائع وأن يعين المبيع تعيينا كاملا ، واسم المشترى ، وأن يبين الثمن الذى تم عليه العقد ، والسبب الذى يستحق هو به الشفعة . وأنه فور علمه أظهر رغبته ، وقد أكد هذه الرغبة بطلب التقرير عند العقار أو عند المشترى أو عند البائع لأن المبيع فى يده ، وأن المدعى عليه ممتنع من تسليمه العقار بما قام عليه من ثمن من غير حق ،

(١) ، تكملة الفتح حـ ٧ ص ٤٢١ ، البدائع حـ ٥ ص ٢٤

ويطلب أخيرا الحكم له بثبوت حقه وتسليمه العقار المبيع . وهذا هو ما يكتب الآن فى عريضة دعوى الشفعة مع الزيادة التى أوجبها القانون كذكر إيداع الثمن بخزينة المحكمة الذى يجب أن يتم قبل رفع الدعوى وإلا سقط حقه فى طلب الشفعة المادة / ٩٤٢ الفقرة الثانية .

١٧١ — الخصم فى دعوى الشفعة : — الخصم (١) الأصلى فى دعوى الشفعة هو المشترى لأنه هو الذى ستنزع منه الملكية كما يجوز أن يخاصم الشفيع البائع أيضا إذا كان المبيع لا يزال فى يده إذ به يكون خصما فى الدعوى لكن لابد مع هذا إن كانت الدعوى ترفع ضد البائع فى هذه الحالة من دخول المشترى أيضا فيها لتسمع البينة فى مواجهته كى لا يضار باتفاق الشفيع مع البائع يقول صاحب الهداية (٢) « وإن أحضر الشفيع البائع والمبيع فى يده فله أن يخاصمه فى الشفعة لأن اليد له وهى مستحقة . ولا يسمع القاضى البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لأن الملك للمشترى واليد للبائع والقاضى يقضى بهما للشفيع فلابد من حضورهما بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لأنه صار أجنبيا إذ لا يبقى له يد ولا ملك » والقانون فى المادة (٩٤٣) اتجه إلى رفع الدعوى على المشترى والبائع معا وإن كان فى الواقع أن وجود البائع فى الدعوى أمر صورى وكما ترفع الدعوى على المشترى أو البائع إن كان المبيع فى يده فكذلك ترفع على وكيل المشترى نفسه مادام لم يسلم المبيع إلى موكله : هكذا يقول الإمام أبو حنيفة لأن الشفعة حق من حقوق (٣) العقد ، والحقوق إنما ترجع عند الأحناف إلى الوكيل نفسه الذى باشر العقد

من الذى يخاصمه الشفيع

(١) تكملة الفتح حـ ٧ ص ٤٢١ والبدائع حـ٥ ص ٢٤

(٢) الهداية حـ ٤ ص ٢٢

(٣) حقوق العقد : ما يستتبع العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره مما يثبت حقا لطرفيه كإلزام البائع بتسليم المبيع للمشترى فالأحناف يرون أن الذى باشر العقد هو الذى تلزمه هذه الحقوق وترجع عليه شخصيا ويخاصم بنفسه من أجلها .

« وقال أبو يوسف : إن الدعوى لا ترفع على الوكيل بشخصه. لأنه اشترى للموكل ، وغاية الشفعة أن ينزع الشفيع الملك من آل إليه الملك وهو المشترى لا الوكيل (١) .

ملكية الشفيع تثبت بالقضاء أو بالرضاء

١٧٢ — تملك الشفيع المشفوع فيه : تثبت دعوى الشفعة . بما تثبت به سائر الدعاوى . إما باعتراف الخصم. أو بشيء من الأدلة المعتبرة شرعا. فإذا ما اعترف المدعى عليه بالدعوى أو صحت البينة لدى القاضى حكم للشفيع بما طلب وبذا تثبت ملكية الشفيع . فملكية الشفيع لما يشفع فيه لا تثبت بمجرد الطلب ولكن لابد من رضاء المشترى وتسليمه المبيع أو قضاء القاضى. بخلاف البيع فإن الملكية فيه تثبت بمجرد التعاقد وتمام العقد . والمادة /٩٤٤ تنص على أن الحكم الذى يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سنداً لملكية الشفيع . . .» أما إذا سلم له المشترى وتراضى معه من غير قضاء فيعتبر الشفيع مشترياً وعلى كل فأخذ الشفيع بالشفعة وملكيته للعقار بمثابة شراء جديد فيثبت له حق خيار الرؤيا «وخيار العيب(٢) والفرق أن المشترى يتملك بتمام الإيجاب والقبول ، أما الشفيع فإنما يتملك بالرضاء والتسليم أو بالقضاء فلو شفع محمد فى عقار اشتراه على. فنازعه على. وقبل أن يقضى لمحمد بالشفعة بيع العقار المجاور للعقار المبيع ـ الذى اشتراه على ـ من الجهة الأخرى فتقدم على وشفع فيه فسلم له المشترى ولم ينازع . ثم حكم بعد ذلك لمحمد بالشفعة فى العقار الذى اشتراه على . فهل لمحمد أن يشفع فى العقار الذى أخذه على بالشفعة باعتبار أنه ما شفع فيه إلا باعتباره مالكا لما اشتراه ، وقد زالت ملكيته ؟ فى الواقع أن ملكية على قد ثبتت فى العقار بشرائه، وقد اتصل العقار المملوك له بالعقار المبيع — الأخير — وقت البيع فثبت له حق الشفعة . أما محمد

(١) البدائع حـ٥ ص ٢٤ ، الهداية حـ ٤ ص٢٣ تكملة الفتح حـ٧ صـ ٤٢٣

(٢) راجع تكملة الفتح والهداية والبدائع المكان السابق . وخيار الرؤيا هو ما يثبت لأحد العاقدين عند رؤية محل المقدمن إجازة العقد أو فسخه

وخيار العيب ما يثبت للمتملك من حق فسخ العقد لوجود عيب فى محل العقد

فملكيته للعقار المشفوع فيه وقت بيع هذا الأخير لم تكن ثابتة ، لأن الملكية بالشفعة لا تثبت إلا بالقضاء أو الرضاء مع التسليم . ولذا كان من حق على تملك العقار الأخير دون محمد[١] .

وفى هذا يقول صاحب الهداية[٢] : « وتملك البقعة المتنازع عليها للشفيع بالأخذ إذا سلمها المشترى أو حكم بها الحاكم لأن الملك للمشترى قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضى أو قضاء القاضى .

(١) راجع المغنى جـ ٥ ٣٠٥ ففيه أن المسألة خلافية ولكنه يرجح ما ذكرناه ويقول إنه هو الأقيس
(٢) الهدايه جـ ٤ ص ٣٠٥ وتكملة الفتح شرح الهداية جـ ٧ ص ٤١٧ والعناية بهامشه .

الفصل الثانى

الشـــفيع الغائب

إذا غاب بعض الشفعاء

١٧٣ – إذا كان بعض الشفعاء غائبا عند البيع : بينا من قبل ما إذا كان الشفعاء كلهم حاضرين وعلموا بالبيع ، وطالبوا كلهم بالشفعة أو أسقط أحدهم حقه فى الشفعة ، كما بينا ما به يتم العلم ، وما يجب لطلب الشفعة ، وقلنا إنه يلزم للشفيع أن يطالب بكل المبيع سواء فى ذلك ما إذا انفرد بطلب الشفعة أم كان معه غيره من درجته أم من غير درجته ، لكن إذا كان بعض من يستحق الشفعة حاضرا والبعض الآخر غائباً فما الذى يجب أن يتبع بالنسبة للشفيع الحاضر وبالنسبة للغائب ؟ .

يعطى الحاضر المبيع جميعه

١٧٤ – يطلب الحاضر الجميع ويأخذه : أما بالنسبة للحاضر فإنه يلزمه أن يطلب كل المبيع فإن سلم له المشترى تملك بالرضاء مع التسليم ، وإلا تقدم بدعوى الشفعة . فإذا أثبت دعواه حكم له القاضى بكل المبيع سواء أكان الغائب أعلا درجة من الحاضر أم كان من درجته ، وسواء أكان الغائبون أكثر عدداً واستحقاقاً من الحاضرين أم دونهم ، فلا سبيل إلى القول بالانتظار حتى يحضر الغائب ولا يترك له مقدار نصيبه(١) وذلك لإن الغائب لم تظهر رغبته ولم يتأكد حقه بالطلب لاحتمال إعراضه ، وقد ثبت للشفيع الحاضر سبب استحقاق الشفعة كاملا ، وقد تأكد حقه بالطلب وأصبح متيقناً ، فلا نترك حقاً ثابتاً مؤكدا لمجرد احتمال رغبة الغائب وتوقع حق مشكوك فى طلبه . وما دام حق الحاضر فى تملك المبيع جميعه بمفرده قائما إذ لو انفرد بالطلب وأعرض الباقون لثبت له الحق وحده فلا يمنع الحاضر لهذا من استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق يحتمل التأكد وعدمه ، فيقضى له بالكل عملا بكمال السبب .

---

(١) راجع البدائع حـ ٥ ص٦ تكملة الفتح حـ٧ ص٤١٥ ، ابن عابدين حـ٥ ص ١٥٣ ، المحلى لابن حزم حـ٩ ص ٩٧ ، المغنى حـ٥ ص ٣٣٩

لاينتظر الغائب ولايترك له نصيب

ولا سبيل أيضاً إلى القول بترك نصيب الشفيع الغائب لاحتمال طلبه لأن في هذا إضراراً بالمشترى إذ فيه احتمال تجزئة الصفقة عليه إذا ماحضر الغائب وأعرض عن الطلب . والشفعة التى شرعت لدفع الضرر لاينبغى أن تكون سبباً فى إيقاع الضرر بالمشترى لمجرد احتمال أمر مشكوك فى تحققه .

حق الغائب باقيا حتى يعلم

١٧٥ — بقاء حق الغائب : وأما بالنسبة للغائب فالفقهاء أصحاب المذاهب اتفقوا على أن له أن يطالب بالشفعة عند علمه بالبيع وإن طالت غيبته . وذلك لأن الشفعة حق يثبت لكل من اكتمل له سبب الاستحقاق ومادام عقار الغائب متصل بعقار المبيع فإنه يتحقق الضرر وتوجد الحاجة التى من أجلها شرعت الشفعة ، ويدل على ذلك أيضاً ماسبق ذكره من الأحاديث فقد روى أحمد والترمزى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً » فهو صريح فى ثبوت حق الشفعة للغائب وهكذا سائر الأحاديث التى وردت فى الشفعة فإنها لم تخص بها الحاضر بل جاءت عامة تشمل كل من يثبت له الاستحقاق ، ولا يتنافى هذا مع طلب المواثبة ومع قوله عليه السلام « الشفعة لمن واثبها » لأن هذا يتجه إذا توانى فى الطلب بعد العلم أما قبل العلم فحق الشفيع فى طلب الشفعة قائم سواء أكان حاضراً بالجهة ولم يعلم بالبيع علماً صحيحاً أم كان حاضراً لكنه محبوس لايتصل به أحد أم كان غائباً غيبة بعيدة أم قريبة إذ الأساس فى إسقاط حقه هو الإعراض عن إظهار رغبته عند العلم أو إسقاطه لحقه ولا قائل بأن الغيبة مع عدم العلم مسقطة للحق. يقول صاحب العناية [1]: إن الشفيع إذا كان غائباً لم تبطل شفعته ولا فرق فى حق المشترى بين الحضر والسفر فى لزوم الضرر .

بعض الفقهاء لايثبت الغائب حقا

غير أن ابن قدامة فى كتابه المغنى يروى لنا أن هناك من فرق بين الغائب فى مكان قريب والغائب فى مكان بعيد وأثبتوا حق الشفعة للأول دون الثانى

---

(١) العناية بهامش تكملة الفتح ح ٧ ص ٤٢٠

كى لايضار المشترى » . الغائب له شفعة فى قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شريح والحسن وعطاء وبه قال مالك والليث والثورى والأوزاعى والشافعى والعنبرى وأصحاب الرأى ، وروى عن النخعى : ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلى والبتى إلا للغائب القريب لأن إثبات الشفعة له يضر بالمشترى ويمنع من إستقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه »

نظرة القانون

ولقد أحسن رجال التشريع حين نصوا فى القانون على عمل يتحدد به العلم بالنسبة لكل من يثبت له حق الشفعة وهو ما ألزم به المشترى أو البائع من عمل إنذار للشفيع مبينا فيه العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبه وصناعته وموطنه، وبذا يتحقق علم من له حق الشفعة فى أى مكان كان وعلى المنذر إليه أن يظهر رغبته فى مدى خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار وإلا سقط حقه (١) .

إذا علم الغائب بالبيع

١٧٦ — **علم الغائب بالبيع** : وعلى أساس ما بيناه قبل وما سقناه من أقوال فقهاء المذاهب على ثبوت حق الغائب فى الشفعة فإنه يلزم بمجرد العلم أن يبادر إلى إظهار رغبته بالمواثبة والإشهاد مثله فى ذلك مثل الحاضر لانتفاء العذر يقول الكاسانى « الغائب إذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر فى الطلب والإشهاد لأنه قادر على الطلب الذى يتأكد به الحق وعلى الإشهاد الذى يتوثق به الطلب » (٢) فإذا أهمل فى ذلك من غير عذر سقط حقه فى الشفعة وبعد أن يتأكد حقه بالإشهاد لزمه أن يذهب إلى المشترى أو يرسل إليه أو يوكل عنه أحداً ليعلمه برغبته فى الشفعة ويقول صاحب البدائع « إذا طلب الغائب طلب المواثبة وأشهد فله بعد ذلك من الأجل مقدار المسافة التى يأتى إلى حيث البائع أو المشترى أو الدار لازيادة عليه لأن تأجيل هذا القدر للضرورة » . لكن ابن قدامة يقول إذا أشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع إمكانه فظاهر كلام

(١) المادتين ٩٤٠ ، ٩٤١ من القانون المدنى الجديد
(٢) البدائع حـ ٥ ص٨ وراجع أيضاً المغنى حـ ٥ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧

الخرقى أن الشفعة بحالها وقال القاضى تبطل شفعته وهو مذهب الشافعى ، وقد أطال الكلام فى هذا فارجع إليه ، أما إذا التقى المشترى بالشفيع فى مكان غيبته بعد أن علم منه أو من غيره بالبيع ولم يطالبه بالشفعة سقطت شفعته حتى لو قال إنما تركت المطالبة لأطالبه فى الجهة التى تم فيها البيع أو فى الجهة التى بها العقار فهو ليس بعذر ولا يقبل منه الاعتذار بالنسيان مادام فى البلد التى هو بها قاض يعرض الأمر عليه (١) وإلا فالتأخير يعتبر عذرا بالاتفاق لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضى لكن الآن وقد نظم التقاضى بين الناس وخصص ولى الأمر بماله من الولاية العامة القاضى بالزمان والمكان والأقضية وأصبح كل قاض يختص بنوع معين من القضايا التى يتبعها العقار أو يتبعها المدعى عليه إلى غير ذلك فإن الدعوى ترفع أمام المحكمة المختصة فى المدة التى حددها القانون والتى أشرنا إليها من قبل . وليس فى هذا اختلاف فى الفكرة والمبدأ وإنما هو اختلاف زمان وعادات

١٧٧ — **الغائب وطلبه الشفعة بعد القضاء للحاضر** : — لو قضى للشفيع الحاضر بكل المبيع ثم جاء الغائب وطلب الشفعة طلباً صحيحاً فإما أن يستوى مع الحاضر فى السبب الذى قضى له من أجله بأن كانا شركاء فى نفس العقار أو فى مرافقه أو كان كل منهما جارا ملاصقا بملكه للمبيع . ففى هذه الحالة يقسم المبيع بينهما مناصفة كما يقول الأحناف وبحسب نصيب كل كما يقول غيرهم أما إذا كان الغائب أقوى سببا بأن كان شريكا والحاضر جارا فإن كان الحاضر قد تملك المشفوع فيه بالرضاء نزع منه واستحقه الغائب وإن كان تملكه بالقضاء فليس لهذا الشريك أن يأخذ إلا النصف فيها لأن القاضى لما قضى بينهما صار كل واحد منهما مقضيا له ومقضيا عليه وقد تعلق حق الأول بالمبيع وأيده حكم القضاء (٢) ينقض ما تم إذا طلب الغائب واستحق الشفعة

---

(١) وقد فصل هذا الموضوع ، ابن قدامة فى المغنى جـ٥ ص٣٠٦ إلى ص ٣٠٨ ، وراجع تكملة الفتح جـ٧ ص ٤٢٠

(٢) راجع العناية على هامش تكملة الفتح جـ ٧ ص ٤١٥ ، البدائع جـ ٥ ص٦ فقد فرع على هذا عدة صور وبين فيها أوجه النظر وراجع ابن عابدين جـ٥ ص١٥٤ لاختلاف وجهته .

أما إذا كان الغائب أقل سببا من الشفيع الأول فلا شيء له لأنه أحق عنه بها . وهكذا لو تعدد الشفعاء الغائبون والشفعاء الحاضرون فإنه يقضى للحاضرين وتقسم بينهم ثم تنقض القسمة عند حضور أحد الغائبين الذين يستحقون الشفعة فإذا كان عقار مشترك بين خمسة أشخاص ثلاثة حاضرون واثنان غائبان فباع أحد الحاضرين حصته واستحقها الحاضران بالشفعة وقسمت بينهما ثم حضر أحد الغائبين نقضت القسمة السابقة ووزع المبيع على الثلاثة فإذا جاء الشريك الغائب الآخر وطلب الشفعة نقض ما تم ثانيا وقسم المبيع بين الأربعة على عددهم أو حسب أنصبتهم وهكذا لو غاب كل الشفعاء وقت المبيع ثم حضر أحدهم لزمه أن يطلب كل المبيع ويقضى له به فإذا حضر الباقون وكانوا من درجته نقض ماسبق وقسم بينهم .

رفض دعوى الحاضر لا يسقط حق الغائب

١٧٨ — رفض الدعوى فى مواجهة الحاضر لا يسقط حق الغائب:
فلو كان للمبيع شفيعان أحدهما غائب والآخر حاضر فطالب الحاضر بالشفعة وتقدم للقضاء فحكم برفض دعواه لنقص فى الإثبات أو لشيء آخر غير هذا فإن حق الغائب فى طلب الشفعة قائم وله أن يخاصم المشترى فيها جميعها من جديد فإذا حكم له استحق جميع المبيع . وحقه فى الادعاء لا يبطله رفض دعوى الآخر لأنه لم يكن خصما فيها بل وقالوا حتى إذا نص القاضى فى حكمه على أنه أبطل كل شفعة فى هذا المبيع . يقول صاحب البدائع (١) «إذا كان للدار جاران أحدهما غائب والآخر حاضر فخاصم الحاضر أمام قاض لا يرى الشفعة بالجوار فأبطل شفعته ثم حضر الغائب فخاصمه إلى قاض يرى الشفعة . قضى له بجميع الدار لأن قضاء القاضى الأول صادف محل الاجتهاد فنفذ وبطلت شفعة الحاضر فبقى حق الغائب فى كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل فيأخذ الكل بالشفعة ، ولو كان القاضى الأول قال بطلت كل الشفعة التى تتعلق بهذا البيع لم تبطل شفعة الغائب كذا قال محمد وهو صحيح لأنه قضاء على الغائب وهو لا يجوز » .

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ١٨ وراجع أيضا المغنى حـ ٥ ص ٣٠٦ ، ٣٠٧
(٢) البدائع حـ ٥ ص ٨

منفعة العقار فى يد الشفيع الحاضر

١٧٩ — **ثمرة العقار فى يد الشفيع الحاضر**: فلو كان المبيع أرضا زراعية أو داراً فانتفع بها الشفيع الحاضر بأن زرعها أو سكن فيها أو استثمرها ثم جاء الشفيع الغائب واستحق المبيع جميعه أو بعضه فليس له أن يطالب الشفيع الأول بثمرة العقار التى حصدها قبل الحكم له أو المنفعة التى استفادها قبل ذلك لأنها كلها ثمرة جهده ونتيجة نفقاته ، وهو لم يكن متجنيا أو مغتصبا وقت أخذه العقار بالشفعة لأنه كان من حقه وقتها وقد تأكد بالطلب وحق الغائب فى ذلك الوقت لم يتأكد بل لم يظهر ، ومن حق الشفيع المتملك أن يستثمر ما تملكه بالشفعة وفى هذا يقول ابن قدامة (١) « فإن ثمرة الشقص فى يد الأول نماء منفصلا لم يشاركه فيه واحد منهما لأنه انفصل فى يد الأول قبل أخذ الثانى بالشفعة » وسنعود إلى ذلك بشىء من التفصيل فى القسم الثالث من هذا الكتاب .

---

(١) المغنى حـ ٥ ص ٣٣٩

الفصل الثالث

الثمن الذى يأخذ به الشفيع

هل يتوقف الحكم بالشفعة على دفع الثمن

١٨٠ — هل يجب دفع الثمن قبل الحكم : إذا تحقق للشفيع سبب الاستحقاق وتأكد بالطلب فهل يلزم الشفيع بدفع الثمن قبل أن يحكم له القاضى فإذا لم يدفع لا يحكم له ؛ وهل يترتب على ذلك سقوط حقه فى الشفعة ظاهر الرواية فى الفقه الحنفى أن الحكم له بالشفعة لا يتوقف على إحضار الثمن وإنما قالوا يؤجل له القاضى يومين أو ثلاثة كى يحضر الثمن فإذا لم يحضر وقضى القاضى بالشفعة كان من حق المشترى أن يحبس المبيع فى يده حتى يستوفى الثمن منه أو من ورثته ولا تبطل الشفعة لأنها تأكدت بالخصومة عند القاضى ولأن الثمن لا يستحق عليه إلا بعد القضاء له وماليس بثابت عليه لا يشترط تسليمه(١) وروى عن محمد بن الحسن أنه لا يقضى له حتى يحضر للمشترى الثمن وهو رواية عن أبى حنيفة مخافة أن يكون الشفيع مفلساً فيضيع حق المشترى . وقال إن للقاضى أن يحبس الشفيع إذا ظهر مطله إذ فيه إضرار بمصلحة المشترى ولا يؤجل له أكثر من الثلاثة أيام ومع هذا فظاهر الرواية أن الشفعة لا تبطل (٢) ونقل الكاسانى أن محمد بن الحسن قال : لو ضرب له القاضى أجلا ، فقال له : إن لم تأت بالثمن إلى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفعته بشرط أن يكون ذلك قبل الحكم وإلا فلا تبطل (٣)

وكذا إذا قال الشفيع إن لم أعطك الثمن إلى وقت كذا فأنا برىء من

---

(١) الهداية جـ ٤ ص ٢٢ والعناية على هامش تكملة الفتح جـ ٧ ص ٤٢٢

(٢) البدائع جـ ٥ ص ٢٥ ومع هذا فهو يرى أن قول محمد بن الحسن أنه لا ينبغى أن يقضى القاضى قبل إحضار الثمن لا يختلف مع ماجاء بظاهر الرواية. وراجع المبسوط جـ ١٤ ص ٩١٩

(٣) ابن عابدين جـ ٥ ص ١٥٧

الشفعة لأن هذا تعليق إسقاط حق الشفعة بالشرط والإسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط .

ونجد ابن قدامة قد تكلم فى هذا كثيراً وقال : (١) إنه لا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن إذ فيه إضرار بالمشترى حتى لو أحضر رهنا أو ضامنا فلا يجبر المشترى على قبول الضمان وإذا قضى له بالشفعة كان من حق المشترى حبس المبيع حتى يقبض ثمنه ويمهله إلى يومين كما يرى أحمد بن حنبل ومالك وإلى ثلاثة أيام كما يرى الشافعى فإن لم يحضر الثمن فسخ الحاكم الأخذ ورده إلى المشترى . والأولى أن للمشترى الفسخ من غير حاكم » .

وبذا نجد أن الفقهاء لا يلزمون الشفيع بتقديم الثمن عند طلب الخصومة ولكنهم يستحسنون إحضاره قبل القضاء إذ لا يمكن إلزامه بالثمن قبل القضاء له لأنه لا يستحق إلا بعد التملك والملكية لا تثبت إلا بالقضاء أو الرضاء ومع هذا فقد احتاطوا لمصلحة المشترى بما رويناه من أن للمشترى أن يفسخ بنفسه أو بواسطة القاضى إذا لم يحضر له الثمن فى مدى ثلاثة أيام بعد القضاء له . أو بما قاله محمد بن الحسن من أن القاضى يمهله ويعلق إسقاط الشفعة على عدم إحضار الثمن فى اليوم الذى أجل له ولعل ما ذهب إليه القانون فى المادة ٩٤٢ من إلزام الشفيع بإيداع كل الثمن بخزينة المحكمة فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة وإلا سقط حقه فى الشفعة يتفق مع ما قاله الإمام محمد فى أصل الفكرة وفيه محافظة على حق المشترى وحق الشفيع .

١٨١ — ما يلزم الشفيع إن كان الثمن مثليا أو قيميا : الثمن الذى يجب على الشفيع أن يدفعه فى مقابل المشفوع فيه هو مثل ما تم عليه التعاقد بين البائع والمشترى فإن كان مثليا لزمه مثله وإن كان قيميا لزمته القيمة لأنها أحد نوعى الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة فى المبيع كالمثلى [٢] والقيمة الواجبة هى قيمة

---

(١) المغنى ج ٥ ص ٣٢٤ ، ص ٣٢٥

(٢) المغنى ج ٥ ص ٣٢١ ويقول إنه رأى أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأى والشافعى وخالف الحسن وسوار . وقالا الشفعة لا تجب إلا إذا كان الثمن مثليا لوجوبها بمثل الثمن وتعذره فى القيمى .

الثمن لا قيمة المبيع لأن الشفيع يتملك بمثل ما يتملك به المشترى فإن تعذر لزم التملك بقيمة ما يتملك به المشترى كى تتحقق المماثلة ولو فى المعنى (١) مع ملاحظة ماذكره الفقهاء الذين يثبتون الشفعة فيما خرج بعوض غير مال (٢) فلو كان الثمن خمراً وكل من البائع والمشترى والشفيع ذمى لزم الشفيع أن يأخذ بمثله أما إذا كان الشفيع مسلما فإنه يأخذ بقيمة الخمر وقت الشراء والأساس فى تقدير القيمة هو يوم تمام العقـــد بين البائع والمشترى نهائيا لأنه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقصان . (٣)

الثمن مؤجل

١٨٢ — إذا كان الثمن غير حال: إذا كان الثمن الذى أخذ به المشترى مؤجلا أو مقسطا واستحق الشفيع المبيع بالشفعة فما الثمن الواجب. اختلف الفقهاء فى هذه المسألة تبعا لاختلاف وجهات نظرهم فى معنى المماثلة المقصودة من تملك الشفيع بمثل ما تملك به المشترى هل المقصود المماثلة قدراً ووصفا أم المقصود المماثلة فى القدر المالى فقط وعلى ضوء هذا نسوق لك أقوال الفقهاء . (٤)

الامام وصاحبيه والشافعى

أما الإمام أبو حنيفة ومحمد فيريان أن الشفيع مخير بين أن يأخذ المبيع بثمن حال يدفع للمشترى ويبقى الأجل للمشترى يدفع الثمن للبائع عند حلوله وبين أن يطلب طلب المواثبة والتقرير ليتأكد حقه ويتقرر ثم ينتظر حتى يحل موعد دفع الثمن فيأخذ المبيع ويدفع الثمن وليس له عندهما أن يأخذ المبيع للحال بثمن مؤجل لأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالبيع والأجل وجب بالشرط للمشترى نفسه ، ولأن الناس يتفاوتون فى الأمانة والوفاء

(١) البـــدائع حـ ٥ ص ٢٦ « وقال أهل المدينة يأخذ بقيمة المبيع إذ المصير إلى قيمة المبيع عند تعذر إيجاب المسمى من الثمن هو الأصل فى الشريعة وقد تعذر هنا » . وراجع ابن عابدين حـ ٥ ص ١٦٠ ، ١٦١ .

(٢) وينبغى أن ترجع فى هذا إلى بداية المجتهد حـ ٢ ص ٢٤٥ .

(٣) المغنى حـ ٥ ص ٣٢٢ ، ٣٢٣ وابن عابدين حـ ٥ ص ١٦٠ .

(٤) البدائع حـ ٥ ص ٢٧ تكملة الفتح حـ ٧ ص ٤٢٨ ، المغنى حـ٥ ص ٣٢٣ ، ابن عابدين حـ ٥ ص ١٥٧ ، بداية المجتهد لابن رشد حـ ٢ ص ٢٤٤ المبسوط حـ١٤ ص١٠٣ .

بالحق والقدرة على السداد وهو مذهب الشافعي الجديد غير أنه يروى عن أبي يوسف أنه لا يرى ضرورة لطلب الشفيع إن اختار الانتظار حتى موعد الأجل إذ الطلب يقصد منه إمكان أخذ البيع فما دام له أن يؤخر الأخذ حتى يحل الأجل فكذا له أن يؤخر الطلب أما زفر من الأحناف فيرى أن من حق الشفيع أن يتملك المشفوع فيه بمثل ماتملك به المشترى من ناحية القدر والصفة حتى تتحقق المماثلة بينهما وهو مذهب الشافعي القديم. زفر

وذهب بن حنبل مذهب زفر غير أنه اشترط أن يكون الشفيع مليئاً «موسراً»، أو يحضر كفيلا مقتدراً إن كان معسرا كي يطمئن المشترى على ثمنه، ومالك قال إنه يلتزم ما التزم به المشترى فإن كان قدم رهناً أو كفيلا فعل مثله وإن كان لم يقدم شيئاً وكان محل ثقة البائع لزم الشفيع أن يقدم كفيلا مقتدراً أو رهناً إلا إذا كان موسراً فيسرى عليه ماحدث مع المشترى أحمد بن حنبل ومالك

والقانون المدنى الجديد فى المادة ٩٤٥ يرى أنه لا يحق للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشترى فى دفع الثمن إلا برضاء البائع فهو بهذا ينظر إلى الاكتفاء فى تحقق المماثلة فى القدر دون الوصف، وقد يكون فى هذا من عدم تكافؤ الفرص مافيه مما يعتبر به الشفيع مغبونا وينبغى أن تكون المسألة محل نظر وخصوصاً إذا كان الشفيع مليئاً أو قدم ضامنا مقتدراً كما يقول الفقهاء. القانون

١٨٣ — النقصان فى الثمن: وأيا ما كان الثمن حالا أو مؤجلا فإذا أحدث المتعاقدان فيه تغييرا بأن حط البائع عن المشترى بعضه فإن كان (٢) هذا قبل أن يصير العقد نهائيا ولازما فإنه يسرى على الشفيع اتفاقا أما إذا كان بعد أن أصبح العقد لازما ليس لأحد فيه خيار شرط انتفع به الشفيع أيضا فيتملك المشفوع فيه بما بقى من الثمن بعد الحط سواء فى ذلك ما إذا حط البائع قبل أن يطلب الشفيع الشفعة لأنه يأخذ المبيع بمثل مايأخذ

(١) البدائع حـ ٥ ص ٢٧، ابن عابدين حـ ٥ ص ١٥٩، تكملة الفتح والعناية حـ ٧ ص ٤٢٧، المغنى حـ ٥ ص ٣٢٢:

(٢) البدائع حـ٥ص ٢٧، المبسوط حـ١٤ ص١٠٧، ابن عابدين حـ٥ ص١٥٩ تكملة الفتح والعناية حـ٧ ص ٤٢٧ المغنى، حـ٥ ص ٣٢٢

به المشترى ، أو بعد أن يطلب الشفيع الشفعة . لأن من حقه أن يأخذ بمثل ما أخذ به المشترى ، وأن الفرق الذى حطه البائع عن المشترى من الثمن يجب أن يظهر فى حق الشفيع لأنه ملزم بدفع الثمن أيضا ، وسواء فى ذلك أكان الحط قبل أداء الثمن أم بعد الأداء إذ الحط من الثمن يلتحق بأصل العقد . فإذا باع شخص لآخر حصته فى عقار معين بمبلغ ألف جنيه وبعد تمام العقد والقبض تقدم الشفيع فطالب بالشفعة ، وتملك المشفوع فيه ثم حط البائع عن المشترى بعد ذلك مائة جنيه من الثمن . كان من حق الشفيع أن يرجع على من دفع إليه ثمن المشفوع فيه بالفرق إن كان قد دفع الثمن أو يدفع له تسعمائة جنيه فقط إن لم يكن قد دفع الثمن وكذلك إذا تم العقد على ألف ثم حط البائع عن المشترى من الثمن مائة وجعله بتسعمائة بعد أن طلب الشفيع وقبل أن يقبض الثمن من المشترى . أو قبل أن يطلب الشفيع من باب أولى .

وعلى هذا إذا باع البائع عقاره بألف جنيه وبعد العقد عرضه المشترى على الشفيع فأعرض ثم حط البائع بعد إعراض الشفيع مائة جنيه عن المشترى ولم يقبض منه سوى تسعمائة أورد إليه مائة جنيه فإن من حق الشفيع أن يأخذ المبيع بالباقى من الثمن ، ولا يعتبر الإعراض السابق مسقطا للشفعة لأن الثمن الذى أخبر به ظهر أنه أكثر مما علم .

ولا فرق فى ذلك جميعه بين ما إذا استعمل البائع فى حط بعض الثمن عن المشترى أى لفظ فإذا جعله فى صورة الهبة أو فى صورة الإبراء فكله سواء يظهر فيه حق الشفيع لأنه يلتحق بأصل العقد . أما إذا كان النقصان هبة حقيقة فإنها لا تظهر فى حق الشفيع بعد القبض [1] .

الشافعى وأحمد بن حنبل : يوافقان الأحناف على أن الحط يظهر فى حق الشفيع لكن بشرط أن يكون الحط قبل لزوم البيع ، وقالوا إذا حط البائع الشافعى وأحمد

---

(١) ابن عابدين جـ ٥ ص ١٦١ .

عن المشترى بعض الثمن قبل تمام العقد ولزومه بأن كان الثمن ألف جنيه ولأحدهما خيار الشرط ثم فى مدة الخيار جعله البائع للمشترى تسعمائة وانعقد العقد على ذلك فإنه يظهر فى حق الشفيع فيتملكه بمبلغ تسعمائة جنيه لأن العقد تم عليها وهو يتملك بما تم عليه العقد. أما إذا كان حط البائع من الثمن عن المشترى قد حدث بعد أن تم العقد وأصبح لازما فلا يستفيد الشفيع بشىء من ذلك لأن العقد لم ينعقد عليه.

حط البائع الثمن عن المشترى

٨٤ — حط جميع الثمن : أما إذا حط البائع عن المشترى جميع الثمن أو وهبه له. فإن ذلك لا يظهر فى حق الشفيع لأنه لا يلتحق بأصل العقد كى لا يبقى البيع بلا ثمن، والشفيع يتملك المشفوع فيه بما يتملكه به المشترى، ولا جائز أن يتملكه الشفيع بالمجان، ولا يجبر المتبرع على التبرع لغير من يريد التبرع له. وهو فى الواقع أصبح كأنه هبة، والشفعة لا تثبت فى الموهوب. لكن لما كان العقد قد أخذ صورة البيع أولا وتم العقد على أنه معاوضة، وأن ملكية العقار خرجت فى مقابلة الثمن الذى قدره. فإن حق الشفيع قد تعلق بالمبيع بمجرد تمام العقد، والثمن قد تعين فعلا. لذلك ثبتت الشفعة رغم أخذ العقد صورة الهبة ولأن تصرف البائع بعد تمام العقد بحط جميع الثمن عن المشترى محاولة منه لتغيير الوضع الذى تم عليه العقد لإضرار الشفيع وإسقاط حقه وهو بهذا يحاول نقض ما تم من جهته، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

فإذا باع شخص لآخر عقارا بألف جنيه وبعد تمام العقد ولزوم البيع حط عنه جميع الثمن، أو وهبه له صراحة فهل يسقط حق الشفيع ؟ — وإن كان الأصل أن الهبة تمنع الشفعة لأن العقار يخرج من ملك صاحبه بغير عوض والشفيع إنما يتملك المشفوع فيه بمثل ما تملك به المشترى غير أن العقد هنا قد أخذ صورة المعاوضات، وتم على أنه بيع وتعلق به حق الشفيع فعلا. لذا ثبت له حق الشفعة ويأخذ المشفوع فيه بالثمن الذى كان مقدراً له إن كان البائع تنازل بعد أداء المشترى الثمن، وإلا فالشفيع يتملك العقار بقيمته نفسه

لتلاشى المعاوضة بين البائع والمشترى . ويستوى فى هذا ما إذا كان البائع قد حط عنه قبل أن يطلب الشفيع أم بعد طلبه .

الزيادة فى الثمن

١٨٥ — **الزيادة فى الثمن** : إذا زاد البائع[1] فى ثمن العقار المبيع قبل تمام العقد ولزومه أى فى مدة خيار الشرط مثلا وانبنى العقد عليها لزمت المشترى والشفيع لأن العقد بين المتعاقدين تم على أن الزيادة جزء من الثمن وأن الايجاب والقبول تم بينهما التلاقى على أساسها — أما إذا جاءت هذه الزيادة بعد لزوم العقد فلا تلزم الشفيع لتملكه بالثمن الذى تم عليه التعاقد — والفرق بين الحط والزيادة . هو دفع الضرر عن الشفيع ومنع التحايل .

---

(١) المصادر السابقة .

الفصل الرابع

تملك الشفيع واستحقاق الغير للمبيع

الآثار المترتبة على طلب الشفعة

١٨٦ – الآثار المترتبة على طلب الشفعة: بعد أن يطلب الشفيع الشفعة في المبيع على الوجه السابق بيانه بعد أن يتوفر له سببها وشروطها . فما الذى يتملكه الشفيع ومن أى وقت تثبت ملكيته . وهل يعتبر العقد الذى بين البائع والمشترى قائما أم منقضيا . كل هذا من آثار طلب الشفعة وإليك التفصيل

ما يتملكه الشفيع

١٨٧ – ما يتملكه الشفيع : يتملك الشفيع كل ما تملكه المشترى بعقد الشراء من عقار وما اتصل به وقت البيع من بناء وشجر وكذا ما كان من زرع وثمر – إذا نص عليهما فى العقد إذ الزرع والثمر لا يدخلان فى عقد البيع من غير نص عليهما فيه لأنهما لا يتبعان الأرض والشجر عادة عند التعاقد على البيع ولا يقصدان بالبيع – وكان القياس يقضى بعدم ثبوت الشفعة فيما عدا العقار عند من قصرها على العقار فقط لكن الفقهاء جميعا أثبتوا الشفعة تبعا استحسانا لأنها تابعة للعقار إما بنفسها وإما بتبعية أصلها والتابع يأخذ حكم المتبوع يقول الكاسانى (١) « القياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة لأن الشفيع إنما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وهو يثبت فى العقار وهذه منقولة وخاصة الزرع والثمر لأنهما مبيعان ومقصودان لذاتهما لا يدخلان فى العقد من غير تسمية فلا يثبت الحق فيهما لا أصلا ولا تبعا ولكن الاستحسان اقتضى ثبوت الشفعة فيه وتملكه الشفيع تبعا لأن الحق إذا ثبت فى العقار يثبت فيما هو تبع له لأن حكم التبع حكم الأصل وهذه الأشياء تابعة للعقار حالة الاتصال فيبقى فيها الحق ».

---

(١) راجع فى هذا البدائع ح ٥ ص ٢٧ إلى ٢٩ فقد فصل المسألة وبين الأوجه فيها وفرق بين ما وجد عند العقد وما وجد بعد العقد من غير استحداث الشفيع ، كالشجر إذا أثمر أو ما وجد بعد العقد باستحداث الشفيع .

وقت ثبوت ملكية الشفيع وطريقها

١٨٨ – وقت ثبوت ملكية الشفيع وطريقها :

ملكية الشفيع للمشفوع فيه تثبت إما برضاء المشترى مع تسليم المبيع للشفيع. إذ مجرد رضاء المشترى فى الشفعة لا يكفى لنقل الملكية لأن الشفعة حق ضعيف فكان لابد من التسليم – بخلاف البيع فإن الملكية تنتقل به من غير توقف على الاستلام – وإما أن تثبت ملكية الشفيع عن طريق القضاء – إذا عارض المشترى فى حق الشفيع للمشفوع فيه – بمجرد صدوره من غير توقف على الاستلام .

وعلى كل فملكية الشفيع للمشفوع فيه تبدأ من وقت ثبوتها سواء أكان ذلك بحكم قضائى أم بالتراضى مع التسليم إذ التمليك بالشفعة يعتبر شراء جديدا فى حق الشفيع . أما قبل ذلك فهو ملك المشترى ثبت له عن طريق عقد شراء صحيح . ويترتب على هذا أن ماجد لهذه العين المشفوع فيها من منافع وغلات لم تكن موجودة وقت العقد فإنها تكون للمشترى إذ هى نماء ملكه وثمرة مجهوده . غير أنه دفعا لاحتمال الضرر منع المشترى من إحداث شىء فى المبيع حتى يتبين موقف الشفيع . وقد نقل لنا ابن قدامة ما بين الفقهاء من خلاف فى الوقت الذى يبدأ منه تملك الشفيع فقال(١) « يملك الشفيع – المشفوع فيه – بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن مادامًا معلومين ولا يفتقر إلى حكم حاكم . وبهذا قال الشافعى ، وقال القاضى وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لأن البيع السابق سبب فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب فى البيع إنضم إليه القبول . وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهرا فافتقر إلى حكم الحاكم . . » ولعلك من هذا تتبين أن اعتبار الشفعة سببا للملكية فى مقابلة العقود هو عند غير الأحناف فالشفعة

---

(١) راجع المغنى حـ ٥ ص ٢٩٧ ففيه تعليل وجهات النظر أيضا وراجع أيضا منح الجليل حـ ٣ ص ٦٠٣ .

شراء جديد فى حق الشفيع فهى من قبيل التملك بالعقود ويكون إفرادها بالذكر لخفاء هذا المعنى وعدم وجود عقد ظاهر .

١٨٩ – هل الشفعة شراء على البائع أم على المشترى :

الشفعة شراء على المشترى أم على البائع ؟

وما دام الفقهاء قد قالوا إن الشفعة تعتبر شراء جديدا فى حق الشفيع فعلى من يقع هذا الشراء. هل على البائع أم على المشترى وما حكم العقد الذى بين المتبايعين ؟ قالوا إذا كان المبيع فى يد المشترى تملكه الشفيع منه سواء أكان طريق التملك القضاء أم الرضاء مع التسليم . ولزمه أن يدفع الثمن إلى المشترى إذ التملك وقع عليه فيعتبر أنه قد اشترى منه فعلا أو حكما إن كان بالقضاء. وتكون العهدة هنا على المشترى إذا ظهر للمبيع مالك آخر يستحقه غير بائعه الأول. وهو بدوره يرجع على البائع بالثمن لأن العقد الذى بينهما صحيح لم ينقض .

مصير العقد الأول

أما إذا كان المبيع فى يد البائع لم يتسلمه بعد وقضى للشفيع بالشفعة عليهما. فبعض الفقهاء يقول : إن العقد الأول الذى بين البائع والمشترى قائم لم ينقض بل تتحول الصفقة من المشترى إلى الشفيع كى لا يتعذر الأخذ بالشفعة إذا قلنا بنقض العقد الأول إذ الشفعة لا توجد إلا تبعاً لوجود هذا العقد وقال الآخرون : ينقض هذا البيع وينعقد للشفيع بيع آخر ويفترضون البائع كأنه قد صدر منه إيجابان أحدهما مع المشترى والآخر مع الشفيع وحكم القاضى هو الذى ينقض أحد الإيجابين . وقالوا : إنه لو حكم القاضى للشفيع مع اعتبار العقد الأول قائماً لترتب عليه عجز المشترى عن تملك المبيع وهذا مبطل لعقد البيع إذ من شروطه القدرة على تسليم المبيع ، وفوق ذلك فإنهم قالوا من المتفق عليه أن للشفيع الحق فى أن يرد المبيع للبائع مادام قد تسلمه منه من غير أن يراه ، كما أن إبراء المشترى للبائع من كل عيب لا يلتزم به الشفيع ومن حقه رده بالعيب الذى يظهر فيه[١] — وسيأتى بيان كل ذلك عند الكلام عن العقد فى الكتاب الخامس إن شاء الله — والذى يطالب

---

(١) راجع فى هذا المبسوط جـ ١٤ ص ١٥٧

بالثمن عند استحقاق الغير للمبيع هو من تسلم منه الشفيع أى البائع هنا وعن أبى يوسف أن المشترى هو الملزم أمام الشفيع سواء أكان قد تسلم منه أم من البائع ، وعلى كل فقد طال الجدل فى هذا فارجع إليه (١)

استحقاق المشفوع فيه لغير البائع

١٩٦ — ظهور بطلان ملكية البائع للمشفوع فيه: فإذا ثبتت ملكية الشفيع للمشفوع فيه على أى وجه كان ثم ظهر أن ملكية البائع للمشفوع فيه باطلة وقد نازعه آخر فى ملكيته واستحقه بحكم قضائى فما موقف من حكم له بالاستحقاق إزاء الشفيع وإلى من يرجع الشفيع إذا انتزعه من استحقه منه .

يقول الفقهاء : إن الذى حكم له باستحقاق العقار مخير بين أن يجيز هذه التصرفات التى حدثت من بيع وشفعة ويأخذ الثمن ممن تحت يده العقار لأنه خصمه وعقاره تحت يده فتعلق به حقه وإما أن يبطل هذه التصرفات ويسترد عقاره ممن هو تحت يده بائعاً أم مشترياً أم شفيعاً أم غيرهم ويقول الأحناف حتى لو صار مسجدا أو مدرسة أو كان قد تصرف فيه بوقفه على جهة خير ، وذلك لأن ملكيته قد ظهر أنها ملكية باطلة وأنه ملك الغير .

من يضمن للشفيع حقه

١٩٧ — من يضمن للشفيع حقه بعد استحقاق الغير المبيع :

بينا قبل أن الأحناف يرون أن العهدة عند استحقاق المشفوع فيه لغير بائعه إنما تكون على الذى تسلم منه الشفيع العقار وقت التملك سواء أكان البائع أم المشترى وقد فصلنا الرأى عند الأحناف قبل ، لكن الأئمة مالك والشافعى وأحمد يجعلون العهدة على المشترى مطلقاً وهو بدوره يرجع على البائع وهناك من الفقهاء غير أصحاب المذاهب من قال : إن العهدة على البائع مطلقاً وعلى كل فالخلاف فى هذا يرجع إلى الخلاف السابق فالذين يقولون برجوع الشفيع على المشترى يعللون بأن الشفعة إنما وجبت للشريك

---

(١) راجع البدائع حـ ٥ ص ٢٣ ، ٢٤ ، ٣٠ العناية وتكملة الفتح على الهداية حـ ٧ ص من ٤٢٢ إلى ٤٢٤ ابن عابدين حـ ٥ ص ١٥٨ المغنى حـ ٥ ص ٢٩٧ ، ٢٩٨ والمبسوط حـ ١٤ ص ١٠١ ، ١٠٢

بعد حصول ملك المشترى فوجب أن تكون العهدة عليه لأن الشفيع إنما تملك عليه هو والآخرون يرون أن الشفعة إنما وجبت للشريك بنفس البيع وقد طرأت الشفعة فنقضت عقد البيع وثبت الحق للشفيع بإيجاب مقدر صدوره من البائع فالتملك إنما كان على البائع فلزم أن يرجع عليه يقول (١) ابن قدامة : « إن الشفيع إذا أخذ المشفوع فيه فاستحقه غير بائعه فإنه يرجع بالثمن على المشترى ويرجع المشترى على البائع سواء أكان الاستلام من البائع أم من المشترى وبهذا قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتى: عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشترى وقال أبو حنيفة : «إن أخذه من المشترى فالعهدة عليه وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه . . . » أما القانون فقد جعل العهدة على البائع مطلقا كما قال غير الأحناف إذ نصت المادة/ ٩٤٥ الفقرة الثالثة « وإذا إستحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع » .

ما يرجع به الشفيع إن أحدث زيادة

١٩٢ — ما الذى يرجع به الشفيع إذا كان قد أحدث زيادة فى العقار :

فإذا كان الشفيع قد أحدث فى المشفوع فيه زيادة . فإن كانت الزيادة يمكن فصلها عن العقار من غير إحداث ضرر فيه أخذها الشفيع وسلم العقار لمستحقه خاليا أما إذا كان فصلها يضر بالعقار . فإن الشفيع يمنع من أخذها ويتملكها المستحق مع عقاره ويدفع قيمتها هالكة لا قائمة . هذا عند غير الأحناف . أما الأحناف فيرون عدا أبي يوسف منهم أن الشفيع لا يرجع على من تملك منه إلا بما دفعه فقط من ثمن ، ولا يرجع بالفرق بين قيمة ما تكلفه فى الزيادة التى أحدثها بالعقار وبين ما يأخذه ممن حكم له بالاستحقاق . وذلك لأن الشفيع أخذ العقار بالشفعة جبراً عن المشترى والبائع فلا يرجع على أحد منهما بشيء مما تكلفه ، ولا ضرر فى هذا بخلاف ما إذا كان الذى زاد

---

١) راجع المغنى حـ٥ ص٣٣٤ ، بداية المجتهد حـ ٢ ص ٢٤٨ .

هو المشترى ، ولا يوجد شفيع فى المسألة . فإن للمشترى الحق فى أن يرجع على البائع بالفرق إذا كان يجهل هذا الاستحقاق . لأن البائع قد غرر به .

وروى عن أبى يوسف (١) . أنه يعتبر الشفيع كالمشترى تماما ويفرق بين من يعلم باستحقاق هذا المستحق من قبل ، والذى لا يعلم عن هذا الاستحقاق شيئا وقال إن الذى يعلم لا يأخذ تعويضا عن خسارته لأنه كان يعلم بأن الملكية غير خالصة للبائع فلم يغرر به أحد بخلاف الذى يجهل هذه الحقيقة فهو قد خدع لا محالة .

(١) راجع فى هذا الهداية حـ ٤ ص ٢٦ ، العناية وتكملة الفتح حـ٧ ص ٤٣٣ ، ٤٣٤ ، ابن عابدين جـ ٥ ص ١٦١ ، البدائع حـ ٥ ص ٣٠

القسم الثالث

« التصرف فى المشفوع فيه ومسقطات الشفعة »

الفصل الأول

تصرف المشترى فى المبيع قبل تملك الشفيع

المشترى حق التصرف

١٩٣ — **عقد الشراء يجعل للمشترى حق التصرف**: — قلنا إنه بمجرد إتمام العقد بين البائع والمشترى انتقلت ملكية المبيع للمشترى وكان له أن يتصرف فى رقبته ومنفعته بكل أنواع التصرفات سواء أكان تصرفا ناقلا للملكية كالبيع والهبة والوقف أو جعله صداقا أو أجرا أو جعله مسجدا أم كان تصرفا مقررا حقا للغير كالرهن والإجارة والإعارة أم كان تصرفا منه شخصيا فى المبيع بالزيادة أو النقصان كالبناء والهدم والغراس والزرع وله أن يستغله وينتفع بغلته بكل أنواع الاستغلال المشروعة .

للشفيع حق التملك وإبطال التصرف بشروط

١٩٤ — **الحكم لو قضى للشفيع بعد شىء من هذه التصرفات** : — فإذا كان لهذا العقار شفيع غائب أو حاضر أعرض عن الشفعة على أساس خبر ظهر كذبه ولما علم بالبيع والحقيقة طالب بالشفعة وقضى له وانتقلت الملكية إليه فماذا يكون موقف الشفيع مع المشترى ؟ قلنا إن ملكية الشفيع لما يشفع فيه لاتثبت إلا من وقت الحكم له بالشفعة أو من وقت تسليم المشترى له (١) وقد تصرف المشترى فى شىء مملوك له تصرفا صحيحا نافذا . وبذا نكون أمام عاملين متناقضين ملكية المشترى تبيح له حق التصرف المطلق ، وحق الشفعة يثبت للشفيع حق تملك المبيع إذا رغب فى ملكيته ولو جبرا عن المشترى

---

(١) راجع ما تقدم فى هذا

مادام قد توفر له سبب الاستحقاق وتحققت معه الشروط . لهـــذا كانت تصرفات المشترى وإن وقعت صحيحة نافذة من وقت إتمامها إلا أنها لا تبطل حق الشفيع الثابت على العقار ولا تمنع من طلبه الشفعة وإبطال ما تم من التصرفات لأن حق الشفيع أسبق وجانبه أقوى .

تصرفات ناقلة أو مقررة حقاً للغير

١٩٥ — التصرفات الناقلة للملكية أو المقررة حقاً للغير : — فإذا كان المشترى قد تصرف فى المشفوع فيـه تصرفا ناقلا للملكية ببيعه أو جعله مهرا أو نظير أجر عمل أو وقفه أو هبته أو جعله مسجداً أو مقبرة للنـاس أو غير ذلك أو كان غير ناقل للملكية وإنما قد قرر حقا للغير على العقار كرهنه ضمانا لدين أو تأجيره أو إعارته فالأحناف والمالكية والشافعية ورواية عن أحمد يرون نقض كل هذه التصرفات من تاريخ تملك الشيفع على الخلاف السابق ذكره فيما يكون به التملك هل بالحكم أم بالطلب فله عند تملكه أن يخلص ملكه من ملك الغير أو يرفع عنـه الحق الذى تعلق للغير به ليتخلص له إذ هو ملكه يقول صاحب تنوير الأبصار (١) ينقض الشفيع جميع تصرفات المشترى حتى الوقف والمسجد والمقبرة والهبة .. » ويروى لنا ابن قدامة أن أحمد بن حنبل يسقط الشفعة إذا كان تصرف المشترى فى العقار يجعله غير قابل لحق الشفعة وإليك ما يقول(٢) « إن تصرف المشترى فى المبيع بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً فيرى مالك والشافعى وأصحاب الرأى أن من حق الشفيع فسخ ذلك التصرف وأخـــذه بالثمن الذى وقع البيع به لأن حق الشفيع أسبق وجانبه أقوى ولا مانع من إبطال الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاكه وعليـه دين فإنه إذا مات رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على الثلث . وفى رواية أخرى عن أحمد تسقط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة لأن الشفعة إنما تثبت فى المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكا ، ولأن فى الشفعة هنـا إضرار بالموهوب له والموقوف عليه لأن ملكيته تزول عنه

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار حـ٥ ص١٦١ .

(٢) المغنى حـ٥ ص ٣٣٥ والمبسوط حـ ١٤ ص ١١٣ / ١١٤

بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر ، ويقول ابن أبي موسى من اشترى دارا فجعلها مسجدا فقد استهلكها وسقط حق الشفيع ولعل المسألة مختلف فيها بين الأحناف إذ يقول السرخسي (١) لو اتخذ المشترى الدار مسجدا كان للشفيع أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة لأن حق الشفيع فى هذه البقعة مقدم على حق المشترى فلم يكن المسجد خالصا لله فهو فى معنى مسجد الضرار لأنه قصد الإضرار بالشفيع . وهو ظاهر الرواية . وروى عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن لأن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة إعتاق العبد فحق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجدا هذه هى أقوال الفقهاء فيما إذا اتخذ المبيع محل عبادة ثم طلب بالشفعة . هذا والفقرة الثالثة من المادة / ٩٣٩ من القانون تنص « إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة فلا يجوز الأخذ بالشفعة »

شرط إبطال هذه التصرفات والثمن الواجب

X ١٩٦ — **متى يحق له إبطال هذه التصرفات وما الثمن الواجب :**

قلنا إن الشفيع من حقه إبطال تصرفات المشترى الناقلة للملكية والمقررة حقا للغير لكن لما كان حق الغير قد تعلق بالعقار ، وحق الشفيع ثابت عليه أيضا . فيكون قد تعلق بالمبيع حقان حق الشفيع وحق الغير لذلك قال الفقهاء إن الشفيع لا يملك نقض هذه التصرفات إلا إذا كان تملك المشفوع فيه بحكم قضائى إذ يكون حكم القاضى قد أظهر أن حق الشفيع فى المبيع أقوى من حق المشترى ، وأن تصرف المشترى فيه ــ مع تعلق حق الشفيع به مضر بالشفيع ، والقاضى لا يحكم إلا بعد أن يثبت له أن حق الشفيع قائم . أما إذا كانت ملكية الشفيع للمشفوع فيه جاءت عن طريق التسليم والتراضى بينه وبين المشترى فإنه لا يملك نقض ما تم من هذه التصرفات مخافة التواطؤ بينهما للإضرار بأصحاب الحق . (٢)

---

(١) المبسوط حـ ١٤ ص ١١٣ و ١١٤

(٢) مع ملاحظة ما يقول الأحناف أن الواهب يملك الرجوع فى الهبة المطلقة حتى بعد القبض إلا إذا منع مانع راجع كتابنا الأموال والالتزام فى الفقه الإسلامى ص ٣٢٩

ولا فرق بين حدوث هذه التصرفات قبل علم الشفيع بالبيع أو بعد علمه لأنه كان من واجب المشترى إخطاره ليتبين رأيه ، ويخلص له ملكه إذا ما أعرض عن الشفعة أو أن يسلمه إليه من غير إحداث تصرف فيه إذا ماتمسك بحقه . غير أنه يستفاد مما رواه لنا ابن قدامة وسقناه لك عن رواية أحمد بن حنبل الثانية بسقوط حق الشفيع بالوقف والهبة والتصدق ، أنها تنصب على ما إذا كان التصرف قبل علم الشفيع ، أما بعد طلب الشفيع فلا شك فى إبطالها لأنه إعتداء صريح .

يأخذ الشفيع بأى العقدين إذا باع المشترى

١٩٧ — بأى العقدين يأخذ الشفيع إذا تصرف المشترى بالبيع :

الشفيع بالخيار إن شاء فسخ البيع الثانى وأخذ بالبيع الأول بثمنه لأن حقه فى الشفعة متعلق بالعقار من قبل التصرف وبمجرد تملكه ، وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشترى الثانى لأنه شفيع فى العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما (١) وهكذا لو تم التبايع فى المشفوع فيه عدة مرات فإذا باع شخص لآخر دارا بمبلغ ألف جنيه ثم باعها هذا المشترى لآخر بألف ومائتين وكان لهذا العقار شفيع طالب بالشفعة فى العقار فإنه مخير فى أن يأخذ العقار بالشفعة بمقتضى البيع الأول أو البيع الثانى لأن سبب الشفعة ثابت له فى كلا العقدين فإن طالب بالشفعة بمقتضى العقد الأول لزمه ماقام على المشترى الأول من ثمن ومؤنة وبهذا يبطل البيع الثانى إذ الملك إنما ثبت للمشترى الثانى بناء على ملكية بائعه « المشترى الأول » وقد زالت هذه الملكية بالحكم للشفيع ، وإن أخذ الشفيع العقار بمقتضى عقد البيع الثانى لزمه أن يدفع ماقام على المشترى الثانى من ثمن ومؤنة ولزم الأول إذ أن الشفيع بهذا يعتبر مقراً له ويصير طلب الشفعة هنا طلبا عاديا أى أن المشترى لا يعتبر متصرفا فى العقار تصرفا ناقلا للملكية ولذا فإنه يصح للشفيع أن يتملكه بالقضاء أو التسليم مع الرضاء يقول ابن قدامة (٢) « ولا نعلم فى هذا

(١) البدائع حـ ٥ ص٦ ، ٧ المغنى حـ ٥ ص ٣٠٨ ، المبسوط حـ ١٤ ص١٠٨
(٢) المغنى حـ ٥ ص٣٠٩

خلافا وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى وما كان فى معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكر ، وإن كان مما لا تجب فيه الشفعة فهو كالهبة والوقف ، فإذا أخذ الشفيع بمقتضى العقد الأخير وكان لا يعلم بالبيع الأول ثم بعد أن تملك بالشفعة علم بالبيع الأول فليس له أن ينقض ما أخذه واعتبر مقراً للبيع الأول وبطلت شفعته فيه (١)

١٩٨ — **من الذى يخاصم الشفيع** : قلنا إن الشفيع إما أن يمتلك بمقتضى العقد الأول أو الثانى فإن طلبها على أساس العقد الأخير فالأمر ظاهر لأنه سيخاصم المشترى الأخير وهو فى نفس الوقت واضع اليد وبذا يكون العقد الأول لا شفعة فيه البتة ويصبح المشترى الأول أجنبيا عن النزاع لا صلة له إلا باعتباره بائعا فقط فيمثل فى الدعوى فقط إن كان المبيع فى يده كما قلنا من قبل . أما إذا أراد الشفيع أن يمتلك بمقتضى العقد الأول فمن يكون الخصم فى الدعوى يقول أبو يوسف يخاصم من فى يده العقار سواء أكان المشترى الأول أم الثانى ويدفع الثمن له وهو يرجع على الأول بالنقصان ، وعند أبى حنيفة ومحمد يخاصم المشترى الأول (٢) لأنه سيتملك عليه هو بالعقد الذى اشترى به واعتبر العقد الثانى باطلا لا وجود له وفى هذا يقول ابن قدامه (٣) « وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشترى الأول الثمن الذى اشترى به وانفسخ عقد الآخرين ورجع الثانى على الأول بما أعطاه فإذا كان الأول اشتراه بعشرة ثم اشتراه الثانى بعشرين رجع الثانى على الأول بالعشرين مع أن الشفيع سيمتلكه بالعشرة »

من الخصم للشفيع عند وجود بيعين

١٩٩ — **نظرة القانون فيمن يتملك عليه الشفيع** : فرق القانون بين حالة ما إذا كان التصرف قبل طلب الشفعة أو بعد الطلب فالمادة ٩٣٨ من القانون

الخصم عند وجود بيعين فى القانون

---

(١) الفتاوى الهندية حـ ٥ ص ١٨١

(٢) « « حـ ٥ ص ١٧٧ ، المبسوط حـ ١٤ ص ١٠٨

(٣) المغنى حـ ٥ ص ٣٠٩

المدنى الجديد تناولت الحالة الأولى «إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة فى الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشترى الثانى وبالشروط التى اشترى بها» ثم تناولت الماده ٩٤٧ الحالة الثانية فنصت «لا يسرى فى حق الشفيع أى رهن رسمى أو أى حق اختصاص أخذ ضد المشترى ولا أى بيع صدر من المشترى، ولا أى حق عينى رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذى سجل فيه إعلان الرغبة فى الشفعة ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل إلى المشترى من ثمن العقار»

الثمن يدفع للمشترى ثم جعل البيع مهرا أو هبة

٢٠٠ – لو وقف المشترى المبيع أو وهبه أو تصدق به وتملكه الشفيع فلمن الثمن

أما إذا كان قد تصرف المشترى فى العقار تصرفا ناقلا للملكية لكنه خرج من ملكه مهراً لامرأة تزوجها أو صدقة لطائفة من الفقراء أو هبة أو وقفا على جهة أو أفراد أو نظير أجر عمل الأجير أو بدل منفعة شىء تملكها بعقد إجارة أى لم يأخذ فى نظيره عينا أو كما يرى الأحناف خرج من ملكه بعوض ليس بمال ثم قضى للشفيع به فلمن يدفع الثمن ؟ روى (١) عن الإمام مالك أنه يقول يدفع الشفيع الثمن للزوجة والمتصدق عليهم والموهوب لهم والموقوف عليهم والأجير ومن له أجر المنفعة لأن الشفيع فى الواقع إنما يأخذ ملكهم، والآخرون يلزمون الشفيع بأن يدفع الثمن للمشترى نفسه لا لأحد هؤلاء لأن الشفيع بطلبه الشفعة إنما أبطل التصرف وتملك المبيع، والزوجة ترجع على الزوج بقيمة الدار لأن المسمى من الصداق قد استحقه الغير (٢) بحكم العقد الأول، أما فى الخصومة فالإمام أبو حنيفة ومحمد يريان أن الشفيع يخاصم المشترى نفسه لا الزوجة أو الموهوب له أو الموقوف عليه إلى غير هؤلاء إلا إذا كان العقار تحت يد أحد هؤلاء فلا بد أن يخاصمهما معا . وقال أبو يوسف يكفى مخاصمة من فى يده العقار (٣)

(١) المغنى حـ٥ ص ٣١٠
(٢) المبسوط حـ١٤ ص ١٠٩
(٣) المبسوط حـ١٤ ص١٠٩

تصرف المشترى في المبيع بما يزيد في قيمته أو ينقص

٢٠١ — تصرف المشترى فى العقار بما يزيد أو ينقص فيه: نتكلم هنا عن تصرف المشترى نفسه فى العقار مع بقاء ملكيته وعدم وجود حق للغير عليه وهذا التصرف إما أن يزيد فى قيمة العقار وإما ينقص من قيمته . وما كان به الزيادة إما أن يكون متصلا بالعقار بحيث لو أردنا فصله لا نعدمت قيمته كطلاء الدار ودهان الأبواب وتسميد الأرض وغسلها بالماء لإزالة مابها من سبخ ، وإما أن يكون مابه الزيادة يمكن فصله وهذا إما أن يكون له موعد معين ينفصل فيه كالزرع القمح والقطن والأذرة إلى غير ذلك مما ينتهى ويقلع من الأرض فى وقت معين وإما أن يكون يمكن فصله وليس له موعد معين يفصل فيه كغرس الأشجار وإقامة البناء . وأما الذى ينقص قيمة العقار فإما أن يكون بنقصان العقار نفسه كأن تكون أرضا على شاطىء النيل فطغت عليها المياه واقتطعت منها جزءاً — كما يحدثه النيل فى أرض الجزائر — أو بنقصان شىء تبع العقار بالنص عليه فى العقد ولو لم ينص عليه لما دخل فى العقد كالزرع فى الأرض والثمر على الشجر فإن من اشترى أرضا فى شهر أغسطس مثلا وبها قطن أو أذره فإن العقد ينصب على نفس الأرض دون مابها من زرع فلا يدخل هذا الزرع فى ملكية المشترى إلا بالنص عليه فى العقد وإما أن يكون بنقصان فى شىء تابع للعقار من غير أن ينص عليه فى العقد كالبناء والشجر فى الأرض فإذا طلب الشفيع العقار المبيع وقضى له بالشفعة وكان المشترى قد تصرف بشىء من هذا فما الذى يجب أن يدفعه الشفيع ثمنا للعقار ؟

زيادة متصلة

٢٠٢ — زيادة قيمة المبيع بشىء لا يمكن فصله: إذا كان المشترى شق فى الأرض شيئا من المراوى والمصارف أو سمدها أو طلا الجدران أو دهن أخشابها إلى غير ذلك مما لا يمكن إزالته أو تنعدم قيمته بعد إزالته فإذا طلب الشفيع العقار كان له أن يتملك بالثمن الذى دفعه المشترى والمصاريف الرسمية ويلتزم فوق ذلك بأن يدفع للمشترى مازادته هذه التحسينات فى قيمة العقار وقت العقد لا وقت التقدير فلا عبرة بتغير الأسعار كما لا ينظر إلى مقدار ما أنفقه المشترى فعلا وإنما الأساس هو الثمن الأصلى ورسم التسجيل والعمولة زائدا قيمة مازادته هذه التحسينات لو كانت موجودة وقت الشراء (١) فمثلا لو كانت

يدفع قيمة الزيادة

(١) الخانية جـ ٣ ص ٥٤١

قيمة العقار وقت الشراء ألف جنيه من غير وجود هذه التحسينات وقيمته وقت العقد لو افترض وجود هذه التحسينات ألفا ومائتين . ولو كان المشترى قد اشتراه بثمن هو ألف ومائة وصرف فى تسجيله وعمولته خمسين جنيها فإن الشفيع إذا أراد أن يمتلكه يجب أن يدفع الثمن الذى هو ألف ومائة زائداً المصاريف التى هى خمسون جنيها كما يدفع ما أحدثته هذه الزيادة فى قيمته وقت العقد وهى الفرق بين قيمته من غير التحسينات وقيمته مع افتراض وجود التحسينات وقت العقد وهو ألف ومائتان ناقص ألفا ينتج مائتى جنيه وهى التى يجب أن يدفعها الشفيع . فكأنه يلتزم بدفع مبلغ ألف وثلثماية وخمسين جنيها ليمتلك المشفوع فيه .

زيادة يمكن فصلها ولها نهاية معلومة

٢٠٣ **زيادة قيمة بما يمكن فصله فى وقت معين:** إذا كانت أرضا فزرعها المشترى حباً أو قطنا لم يأن وقت حصاده أو كانت حديقة فتعهدها المشترى وأثمر شجرها ثم لم ينضج ثم طالب الشفيع فى العقار بالشفعة وقضى له فقواعد الأحناف تقضى بأن الشفيع يلزم المشترى بقلع الزرع وقطع الثمرة ليتخلص له ملكه لكنهم استسحنوا بقاء الأرض فى يد المشترى حتى ينضج الزرع والثمر ويتم حصاده لأنه إنما زرعه وأنبته فى ملكه وقالوا إن المشترى يلزم بأجر المثل للشفيع عن المدة من وقت تملك الشفيع حتى وقت الحصاد كى لا يضار أحدهما وفى هذا يقول الإمام السرخسى[1] «وإذا زرع المشترى الأرض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة ويقلع الزرع فى القياس لأنه زرع فى أرض غيره فهو أحق بها منه ولأن المشترى كما لا يتمكن من إبطال حق الشفيع لا يتمكن من تأخير حقه . وفى الاستحسان لا يأخذها حتى يحصد الزرع لأن المشترى زرع فى ملكه حين زرع فلا يكون معتديا ولأن لإدراك الزرع نهاية معلومة وفى قلع الزرع إضرار بالمشترى وضرر التأخير دون ضرر الإبطال » وقد صرح صاحب

يترك الزرع للحصاد استحسانا

(١) المبسوط حـ ١٤ ص ١١٥ ، ١٣٣ إلى ١٣٥ وراجع أيضا فى هذا البدائع حـ٥ ص ٢٩ عبارته (وأجمعوا على أن المشترى لو زرع فى الأرض ثم حضر الشفيع فإنه لا يجبر المشترى على قلعه ولكنه ينتظر إدراك الزرع . ثم يقضى له بالشفعة فيأخذ الأرض بجميع الثمن) والذى يفهم من هذه العبارة أن الحكم نفسه يتأخر حتى حصاد الزرع والثمر وبذا لا محل لأجر المثل .

الهداية(١) بأن المشترى يلزمه دفع الأجرة للشفيع عن المدة الباقية «والزرع يقلع قياساً ولا يقلع استحسانا لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر» من هذا تجد أن الأحناف منهم من يرى إلزام المشترى بأجر المثل عن المدة الباقية ومنهم من يرى حكم الشفعة يتأخر حتى يتم الحصاد والأرض على ملك المشترى أما غير الأحناف فيبقى الزرع حتى يحصد من غير أجر يقول ابن قدامة (٢) «وإن زرع المشترى فى الأرض فللشفيع الأخذ بالشفعة ويبقى زرع المشترى حتى الحصاد ولا أجرة عليه لأنه زرعه فى ملكه وإن كان فى الشجر ثمر ظاهر أثمر فى ملك المشترى فهو له ويبقى إلى الجذاذ كالزرع»

زيادة تنفصل ولا تعلم نهايتها

X٢٠٤ — زيادة قيمة العقار بما يمكن فصله وليس له نهاية معلومة :

إذا غرس المشترى فى الأرض شجرة أو أقام عليها بناء ثم استحق الشفيع العقار فالإمام أبو حنيفة ومحمد يريان أن من حق الشفيع أن يلزم المشترى رفع البناء والشجر من الأرض ليتسلمها خالية إلا إذا كان رفعها يغير الأرض وينقص منها فإنه يجبر المشترى على تركها ويأخذ الشفيع العقار بالثمن والمصاريف ويدفع للمشترى قيمة البناء والشجر على أنه أنقاض وأخشاب أى مستحقة الهدم والقطع لأن(٣) حق الشفيع كان متعلقاً بالأرض قبل البناء وبقى بعده فإذا تملك بالشفعة كان من حقه أن يتسلم ملكه ولا يمكن التسليم إلا بالنقض وإن كان ثمة ضرر بالمشترى فهو الذى أضر بنفسه حيث تعجل بالبناء والغراس فى أرض تعلق بها حق الشفعة وكان ينبغى أن يستوثق من أن الشفيع غير راغب فى الشفعة، ولا يمكن إلزام الشفيع بأخذها قائمة إذ يترتب عليه إدخال شىء فى ملكه قد لا يرغب فيه وكما يقول السرخسى «وربما لا يكون موافقا له فيحتاج الى مؤنة لرفع البناء ثم يبنى على الوجه الذى

الطرفان يريان الأزالة أو دفع قيمتها أنقاضا

---

(١) الهداية حـ٤ ص ٣٦ وكذا العناية على هامش تكملة الفتح حـ٧ ص ٤٣٣

(٢) المغنى حـ٥ ص ٣١٩

(٣) البدائع حـ٥ ص ٣٠ والمبسوط حـ١٤ ص ١١٤، ١٣٣

يوافقه، وفى هذا إضرار به وهذ ظاهر الرواية فى الفقه الحنفى ويرى أبو يوسف من الأحناف ومالك والشافعى وأحمد أن الشفيع لا يجبر المشترى على قلع البناء والغراس ولكنه يأخذ الأرض بثمنها والبناء والغراس بقيمته قائما غير مقلوع إن شاء وإلا فيترك أى أن المشترى هو المخير بين أن يأخذ بناءه وشجره من غير أن يضر الأرض أو يتركها للشفيع بقيمتها قائمة وإلا فللشفيع أن يترك حقه فى الشفعة لأنه ليس من العدالة أن نجبر المشترى على إزالتها إذ فيه إتلاف له ولا عدالة فى أن يأخذهما بقيمتها أنقاضا وخشبا فالمشترى لم يكن متعديا حين أقام البناء وغرس الشجر لأنه أقام ذلك فى ملكه والشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع فلا ينبغى أن يترتب عليها ضرر الغير ولا ضرر على المشترى حينما يأخذ قيمة ما أنشأ، ولا ضرر على الشفيع لأنه سيأخذ الشىء بقيمته وضرر إدخال هذا فى ملك الشفيع من غير رغبته أخف بكثير من الضرر الذى يعود على المشترى لو كلفناه بالنقض والإزالة أو ألزمناه بتركها بقيمتها مستحقة القلع والقطع والضرر الأقوى يدفع بالضرر الأدنى وفى المغنى (١) « فإن لم يختر المشترى القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء إما ترك الشفعة أو دفع قيمة الزيادة مع ثمن العقار والمصاريف أو قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع وبه قال مالك والليث والشافعى وغيرهم ولمعرفة القيمة تقوم الأرض وفيها البناء والغراس ثم تقوم خالية منهما فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشترى إن أحب أو ما نقص منه إن اختار القلع ».

الأخرون يرون أخذها بقيمتها أو ترك الشفعة

٢٠٥ — **غلة المبيع ونماؤه فى يد المشترى:** ما تقدم كان حكم تصرف المشترى فى المبيع بما يحدث فى قيمته زيادة وقت طلبه بالشفعة لكن هنا نتناول غلة المبيع وثمرته وهو فى ملك المشترى أو نمو الشجرة ولذا قالوا إنه إما أن يكون نموا متصلا كالشجر إذا كثر وتوالد فإن الشفيع يأخذه بزيادته لأنها زيادة غير متميزة فتبعت الأصل وإذا أخذ الأصل يتبعه نماؤه المتصل، وإما أن يكون

(١) راجع المصادر السابقة فى المواضع المذكورة

النماء منفصلا كالغلة والأجرة فهى للمشـــترى لا حق للشفيع فيها لأنهـا حدثت فى ملـكه (١) .

رأى القانون فيما يزيده المشترى

٢٠٦ — **مايزيده المشترى فى نظر القانون**: ما سبق هو تفصيل رأى الفقهاء فيما يزيده المشترى فى العقار المشفوع فيه أما فى القانون فإن المادة/٩٤٦ قد فرقت بين ماحدث قبل إعلان رغبة الشفيع وما حدث بعدها فالفقرة الأولى تنص «إذا بنى المشترى فى العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجارا قبل إعلان الرغبة فى الشفعة كان الشفيع ملزماً تبعاً لمـا يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه أومقدار مازاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس ، والفقرة الثانية قد تناولت الناحية الثانية « أما إذا حصل البناء أو الغراس بعد إعلان الرغبة فى الشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة . فإذا اختار أن يستبق البناء أو الغراس فلا يلزم إلا بدفع قيمة أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس »

نقصان المشفوع فيه فى يد المشترى

٢٠٧ — **نقصان قيمة المشفوع فيه فى يد المشترى**: إما أن يكون هذا النقصان فى نفس العقار الذى يقصد بالشفعة وهو الأرض فقط عند غير المالكية ، وإما أن يكون فيماهو تابع لها متصل بها وقت العقد وهذا إما أن يكون تابعاً يدخل فى العقد حتى لو لم ينص عليه كالبناء والشجر فهما يتبعان الأرض فى العقد عند عدم النص على خلاف ذلك لأن الأصل فيهما أن يتبعا الأرض ولا يباعا استقلالا فإذا بيعا استقلالا إنما يكون ذلك على اعتبار أنهمـا أنقاض وأخشاب . وإما أن يكون تابعا قد نص عليه فى العقد لأنه لا يدخل فى العقد من غير نص عليه لأن التعامل يجرى عليه بذاته ويقصد بالشراء استقلالا فيقابل بجزء من الثمن عند التعاقد كالزرع فى الأرض القمح والقطن وغيره مما له نهاية معلومة — وعلى كل فالنقصان إما أن يكون من غير اعتداء أحد وإنما حدث طبيعياً قضاء وقدرا أو يكون نتيجة اعتداء المشترى نفسه

(٢) المغنى جـ٥ ص٣١٩ ، ٣٢٠

أو شخص آخر والحكم يتغير تبعاً لما حدث فيه النقصان وسببه .

نقصان العقار نفسه

٢٠٨ — **نقصان العقار نفسه** : إذا كان المبيع قطعة أرض زراعية تقع على شاطىء النيل ، مثل ما يسمى الآن بأرض الجزائر .. وطلبها آخر بالشفعة فاستحقها ثم ظهر أن ماء البحر قد طغى عليها وتآكل منها جزء اجترفه الماء معه فأحدث فى مساحتها نقصاً . فالفقهاء يلزمون المشترى بأن يسلم فى العقار للشفيع بمقدار مايقابله من الثمن يقول صاحب الهداية(١) «بخلاف ماإذا غرق نصف الأرض حيث يأخذ الباقى بحصته لأن الفائت بعض الأصل ، وهو ضمن المقصود بالشفعة أصلا بخلاف البناء والغراس فإنها تدخل فى الشفعة تبعالا أصلا ولذ فحكمها يختلف .

نقصان ما تبع المبيع بالنص عليه

٢٠٩ — **النقصان بسبب زوال ما تبع العقد بالنص عليه** : أما إذا كان المشترى قد اشترى أرضا زراعية وقد كانت منزرعة حبا وقطنا مثلا وقت التعاقد وقد اشتمل العقد على الأرض وما بها من زرع قائم فإن الزرع يكون قد قصد بالشراء والبيع ويكون قد قوبل بالثمن فى العقد . فإذا ما نضج الزرع واستولى عليه المشترى لأنه جزء من المبيع الذى تملكه بعقد الشراء ثم جاء الشفيع ، وطالب بالشفعة فالقياس يقضى أن الشفعة لا تثبت فى الزرع خصوصاً وأنه منقول لأنه قد قصد فى التعاقد بالنص عليه فهو مبيع يكاد يكون مستقلا لكن الاستحسان يقضى بجواز الشفعة فيه أيضاً لأن الشفعة إذا ثبتت فى الأصل تثبت فى حكم التبع أيضاً وقد كان الزرع تابعاً للعقار متصلا به عند البيع .

وبناء على هذا فالفقهاء يرون أن الزرع إذا حصد من الأرض أو هلك لا بد أن يخصه شىء من الثمن وكان للشفيع الحق فى أن يسقط من الثمن قدراً يقابل الزرع الهالك أو المستهلك ولمعرفة مايخصم يقدر قيمة المبيع بالزرع وقت العقد ثم يقدر قيمته وقت العقد من غير زرع وينسب الثانى للأول ويضرب فى الثمن . وكان ذلك لأن الهالك شىء قصد عند التعاقد وقوبل بالثمن .

(١) الهداية شرح البداية حـ ٤ ص ٢٦ ، والعناية على هامش تكملة الفتح حـ٧ ص ٤٣٢

وكلام الفقهاء صريح فى أن الحكم لا يختلف إذا حصد المشترى الزرع أو هلك بآفة سماوية لأنه قد قصد بالبيع وقوبل بشىء من الثمن وفى هذا يقول الكاسانى (١) «أما الثمر والزرع فكل واحد منهما مبيع مقصود ألا يرى أنه لا يدخل فى العقد من غير تسمية فلا بد أن يخصه شىء من الثمن سواء أهلك بنفسه أم بالاستهلاك وتعتبر قيمته يوم العقد لأنه أخذ الحصة بالعقد» ومن هذا القبيل أيضا الثمر على الشجر إذا كان موجوداً عند العقد ومنصوصا عليه وكذا الآلات الزراعية إلى غير ذلك مما لا يتبع العقار إلا بالنص .

النقصان فى البناء والشجر

٢١٠ — **النقصان بسبب زوال ما يتبع العقار من غير نص**: أما إذا كان المشفوع فيه أرضا أقيم عليها بناء أو غرس بها شجر وهدم المشترى البناء أو قطع الشجر او تهدم البناء وجف الشجر من غـــير اعتداء أحد فالحكم يختلف (٢)

من غير اعتداء

إذا كان من غير اعتداء أحد كانهدام البناء لتصدع فيه أو نتيجة زلزال وجفاف الشجر لآفة سماوية كاحتراقه بشهاب محرق . فإذا تم ذلك وكان العقار وما يتبعه من بناء وشجر فى يد المشترى ثم قضى للشفيع بالشفعة أو سلم له المشترى . أخذ المشفوع فيه بحالته بعد النقصان بكل الثمن (٣) . لأن البناء والشجر كلاهما تابع للعقار ومتصل بالأرض وقد دخل فى العقد تبعا من غير تسمية له فلم يقصدا بالبيع أصالة والنقص لم يكن نتيجة اعتداء أحد فليس له غريم يلزمه باعتدائه . ولا ضرر على الشفيع فهو الذى بيده الأمر إن أراد أخذه وإلا فيترك.

والأنقاض المتخلفة من هذا النقصان أو من هذا الهلاك لا يتملكها الشفيع لأنها منقول وإنما يتملكها المشترى بما يساوى حصتها من الثمن على

(١) البدائع حـ٥ ص ٢٨، ٢٩ وفيه يشير إلى طريق معرفة قيمة الزرع والخلاف الذى فيها فقال روى عن أبى يوسف أنه تعتبر قيمته وهو بقل مفصول ومجذوذ وروى عن محمد أنه يعتبر قائما فتقوم الأرض وفيها الزرع والثمر وتقوم وليس فيها الزرع والثمر وقد ساق لكل أدلته

(٢) راجع فى هذا غير ما تقدم المبسوط حـ١٤ ص١١٢ وما بعدها، والمغنى حـ٥ ص٣٢٠، ٣٢١

(٣) وقد روى المغنى خلافا بين الفقهاء فى هذا حـ ٥ ص ٣٢٠

افتراض أنها من المبيع وتقابل بجزء من الثمن وتؤخـــذ النسبة بين قيمة الأنقاض عند أخذها وتنسب إلى قيمة المبيع كاملا وقت العقد ويضرب فى الثمن الذى تم عليه الشراء .

نتيجة اعتداء

أما إذا كان النقصان نتيجة اعتداء المشترى أو أجنبى أخذ الشفيع العقار بحصته من الثمن فيقوم المشفوع فيه وقت العقد كاملا وناقصا وتؤخذ النسبة بينهما وتضرب فى الثمن كما سبق بيانه والأنقاص تكون للمشترى أو المعتدى فإذا كان المعتدى أجنبياً عاد عليه المشترى بقيمة النقصان لأنه المتسبب فيه . أما إذا كان البناء لم يهدم ولكن باعه المشترى دون الأرض ثم حضر الشفيع واستحق الشفعة فهو أحق بالبناء والأرض معا ومن حقه أن ينقض البيع فى البناء لأنه قد بيع وحق الشفيع متعلق به(١) .

وأما اذا نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط أو توهن البناء وشعث الشجر فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو الترك لأن هذه المعانى (٢) لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان .

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ٢٨ (٢) المغنى حـ ٥ ص ٣٢١

الفصل الثانى

مسقطات الشفعة والتحايل على إبطالها

مايسقط به حق الشفعة

٢١١ – مسقطات الشفعة: مما تقدم تعرف أن الشفعة تشريع جاء ليحقق قاعدة أساسية فى الإسلام وهى لا ضرر ولا ضرار ومع هذا فهو تشريع يخالف نظرية أساسية أيضا فى العقد وهى الرضا . ولذا كان حق الشفعة ضعيفا يسقط بمجرد الإعراض أو الترك إلى غير ذلك وكان مجرد حق من الحقوق التى لا تورث عنه الأحناف. ولذا نختتم بحثنا فى الشفعة بالكلام عن مسقطاتها(١)

التأخر فى طلبها

١ – التأخر فى طلب المواثبة والتقرير والخصومة حسب التفصيل السابق ذكره .

تنازل الشفيع عن الشفعة قبل البيع

٢ – إسقاط حقه صراحة بعد ثبوته . كأن يتنازل عنها صراحة بعد حدوث البيع من غير أن يتوقف ذلك على علمه بالبيع لأن هذا كما يقول صاحب البدائع «إسقاط الحق صريحا وصريح الإسقاط يستوى فيه العلم والجهل. بخلاف الإسقاط دلالة فإنه لا يسقط إلا إذا علم بالبيع فعلا وعلى كل فلا يعتبر إسقاطا إلا إذا كان نتيجة خبر صحيح أما إذا أسقط حقه فى الشفعة أو تنازل عنه قبل ثبوته فلا عبرة به إذ أن الذى يقبل الإسقاط هو الحق الثابت الموجود فعلا أما غـــير الموجود فلا يكون محلا للإسقاط فلو فرض أن عقاراً مشتركاً بين اثنين وأراد أحدهما أن يبيع حصته فعرض على شريكه رغبته هذه فأعرض عنها وأظهر بأنه فى غير حاجة إليها ، ثم باع هذا الشريك حصته للآخر بنفس الثمن الذى عرضه على شريكه . قال الفقهاء إن هذا لا يسقط حق الشفيع فى شفعته وهو غير ملتزم بما قاله

---

(١) جاء فى البدائع ح٥ ص١٩ «ما يبطل حق الشفعة بعد ثبوته فى الأصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح. ودلالة .أما الأول فنحو أن يقول أبطلت الشفعة أو أسقطتها إلى غير ذلك لأنها خالص حقه . . . إلى غير ذلك

من قبل لأنه قد تنازل عن شيء لم يكن موجوداً وقت التنازل. وقد خالف فى ذلك الظاهرية وبعض الفقهاء وقد سبق بيانه .

ولعلهم على حق فيما ذهبوا إليه لأن فيما قاله الآخرون تغرير من الشفيع بالبائع أو بمن يرغب فى الشراء . ومن جهة أخرى فإنه يكون ساعيا فى نقض ما تم من جهته ، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه ، وغير ذلك حتى تستقيم المعاملات بين الناس. فالمشترى لم يقدم على الشراء إلا بعد أن اطمأن إلى أن الشفيع سوف لا ينازعه ، وأنه قد تعهد بذلك ، والعهد واجب الوفاء به « وأوفوا بالعهد ... الآية » وقد اتجه المشرع الوضعى إلى هذا فى المادة رقم ٩٤٨ التى تناولت مسقطات الشفعة « يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة فى الأحوال الآتية : ا « إذا نزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع »

تنازل الشفيع عن الشفعة بعد تملكه

ولا عبرة أيضا بإسقاط الشفيع للشفعة بعد التملك لها بالرضاء والتسليم أو بالقضاء ، لأن العقار أصبح ملكه والملك لا يقبل الإسقاط ، وإنما يقبل الانتقال من حيز إلى حيز بسبب من الأسباب الناقلة للملكية أو بسبب فاسخ للعقد كخيار العيب والرؤية فى عقود البيع

مايدل على إسقاطه حقه

٣ — حدوث مايدل على إسقاطه لحق الشفعة ضمنا . كأن يكون وكيلا عن البائع ، أو أن يقبل أن يكون له خيار الشرط من جانب البائع . أو يضمن للمشترى تسليمه العقار ، أو يضمن للبائع الثمن قبل المشترى أو يستأجر العقار من المشترى أو يطلبه بثمن أقل مما بيع به أو يبارك للمشترى ويرحب بجواره أو أى شىء فيه مساومة من الشفيع للمشترى فى المبيع بعد علمه بالبيع .

صلحه مع المشترى نظير عوض

٤ — صلح الشفيع مع المشترى على ترك الشفعة نظير عوض مالى فإنه بهذا يسقط حقه فى الشفعة ولزمه رد العوض . حتى لو جعلا هذا الصلح فى صورة بيع من الشفيع إلى المشترى . لأن الشفعة مجرد حق ورغبة . فهى ليست بمال ولا يستحق بها مال عند الاحناف . ولا ينتج من هذا التصرف إلا إسقاط حق الشفيع لأن فيما صنع ما يدل على رضائه بالمشترى شريكا أو جاراً ، وما يدل على إعراضه

عن الشفعة . وهذا بخلاف ما إذا تصالح الشفيع والمشترى على أن يأخذ كل منهما نصف العقار بحصة من الثمن وقد أبنّا جواز ذلك .

بيع عقاره

٥ — بيع ما يشفع به قبل القضاء له بالشفعة أو رضاء المشترى . إلا إذا شرط لنفسه خيار الشرط وتملك المشفوع فيه فى مدة الخيار . وسواء فى ذلك إذا باع وهو يعلم أن شريكه أو جاره قد باع عقاره ، أو كان وقت البيع لا يعلم بذلك . وكذلك لو تصرف فى العقار المشفوع به أى تصرف ناقل للملكية قبل أن يتملك المشفوع فيه بالشفعة .

٦ — أن يطلب الشفعة فى بعض المبيع ويعرض عن الباقى وكان المبيع شيئاً واحداً لأنه سيترتب عليه تجزئة المبيع على المشترى كما أنه سيترتب عليه مشاركته للمشترى . أما إذا كان المبيع جملة أشياء متعددة . أرضا زراعية فى جهات مختلفة أو دورا متعددة . فلا يلزم الشفيع إلا ما كان عقاره يشفع فيه فقط بسبب من أسباب الشفعة . وقد سبق تفصيل طلب بعض المشفوع فيه وبيان رأى الفقهاء فيه .

تجزئة المبيع على المشترى

٧ — إسقاط حقه فى بعض المشفوع فيه فلو سلم الشفعة فى النصف بطلت فى الكل لأنه لما سلم النصف بطل حقه فى النصف المسلم فيه بصريح الإسقاط وفى النصف الآخر لأنه لا يملك تفريق الصفقة على المشترى فبطلت فى الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليما منه للشفعة فى الكل لا يرى أبو يوسف ذلك تسليما لأن حقه قد ثبت فى الكل والحق إذا ثبت لا يسقط إلا بالإسقاط وقال محمد يكون ذلك تسليما فى الكل إلا إذا كان قد سبق أن طلب بالشفعة فى الكل فلم يقبل المشترى فساومه فى إعطائه النصف . ويقول محمد لأن فى طلبه النصف إبطالا لحقه فى النصف الآخر لأنه لم يطلبه مع علمه وقدرته (١) .

٨ — موت الشفيع قبل الأخذ بالشفعة مسقط للحق سواء أكان قد طلب

---

(١) البدائع حـ ٥ ص ٢١ ، ٢٢

الشفعة أم لا . إذ حق الشفعة لا يورث عند الأحناف خلافا لغيرهم ممن قالوا إن للورثة حق الأخذ بالشفعة إذا كان مورثهم قد طلبها فى حياته وقد تقدم بيان ذلك .

القانون يعتبر عدم دفع الثمن مسقط لها

٢١٢ — **القانون وعدم دفع الثمن قبل الدعوى** : هذا جميعه مسقط للشفعة كما وضح فى موضعه فى نظر الفقه الإسلامى لكن القانون قد أشار إلى مسقطات الشفعة فى المادة ٩٤٨ وما أحالت عليه هذه المادة مما نص عليه القانون وقد نص فى المادة ٩٤٢ أن من مسقطات الشفعة عدم إيداع الثمن الحقيق الذى حصل به البيع قبل رفع الدعوى بخزانة المحكمة التى بدائرتها العقار . وهذا أعدل بالفريقين ومانع للنزاع بين الشفيع والمشترى . وقد سبق أن أشرنا إلى رأى محمد بن الحسن ، وأنه استحسن للقاضى أنه لا يحكم للشفيع ويمهل له لإحضار الثمن قبل الحكم . وهذا حسن إذ فيه قطع للتنازع . لأن الحكم للشفيع بالشفعة من غير دفعه للمشترى الثمن يترتب عليه كما يقول الفقهاء حبس العقار فى يد من له الثمن حتى يستوفيه من الشفيع . كما يغنينا عن البحث عن غلة العقار فى فترة حبسه عن الشفيع تكون لمن ؟ هل لمن فى يده العقار . مع أن ملكيته قد ثبتت للشفيع من تاريخ الحكم ، فالغلة إذا تكون نماء ملكه ، وفوق ذلك ففيها شبهة الربا لأنها فائدة مالية يأخذها من بيده العقار من الشفيع المدين حتى يستوفى الثمن كاملا غير الغلة . أم تكون الغلة للشفيع وقد يطول به الأمد ولا يقوم بتسديد الثمن حتى يتجمع من غلته مايوازى مادفعه المشترى وفى هذا إضرار به وتأخير لحقه وتضييع فرص عليه يستطيع فيها أن يعتاض عن هذا العقار بغيره والشفعة شرعت لدفع الضرر فلا تكون سببا فى إحداث ضرر بالغير أم يعطل العقار فلا يستغل . وفى هذا تعطيل لمنافع العقار ، وما كان التزاحم عليه إلا لاستيفاء منفعته . ولذا كان ماذهب إليه محمد بن الحسن فى غير ظاهر الرواية رأى سديد وقد أحسن المشرع الوضعى فيما اتجه اليه . وإن كان الفقهاء قد احتاطوا

عند اعتبارهم أن عدم دفع الثمن لا يؤثر فى حق الشفعة وقالوا إن للقاضى أن يحبس الشفيع إذا ظهر مطله . كما أن الفقه الإسلامى يرى بيع مال المدين المماطل جبرا عنه سداداً لدينه .

التحايل على إسقاط الشفعة

٢١٣ — **الاحتيال على إسقاط الشفعة** : وأخيرا نختم الشفعة بما لاحظناه من أن الفقهاء فى كتبهم يذكرون صورا ويرون أنها من الحيل التى يمكن بها إسقاط حق الشفيع فى الشفعة فلزم لذلك أن نبين حكم هذا التحايل من ناحية إجازة الشرع له ومنعه ثم نتبع ذلك ببعض الصور التى ذكرها الفقهاء .

ما يراه الفقهاء فى استعمال الحيل

٢١٤ — **رأى الفقهاء فى استعمال الحيلة** : يرى الإمام أبو حنيفة والشافعى أنه يجوز الاحتيال لإسقاط الشفعة لأن الأصل فى شرع الاحتيال قوله تعالى فى قصة سيدنا أيوب « وخــذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث . . . » ويقول صاحب العناية «وضعت هذه الحيلة لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفى استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتيج إلى بيانه » وفى الهداية أنها مكروهة عند محمد لكن صاحب البدائع فرق بين الاحتيال قبل وجوبها وبعده وقال إنها مكروهة بعد وجوبها اتفاقا كأن يقول المشترى للشفيع صالحتك على مبلغ كذا على أن تتنازل عن حقك فى الشفعة فيقبل الشفيع فيسقط حقه ولا يستحق المشترى بدل الصلح أو يقول اشترى منى «المشفوع فيه» بكذا فيقبل فتبطل شفعته ، وإن كان استعمال الحيلة قبل وجوبها فيروى عن أبى يوسف لا تكره لأن إبطال الشىء بعد ثبوته ضرر وحق الشفعة لم يثبت بعد فلا تكون الحيلة إبطالا له بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعا لكن محمد بن الحسن قال بكراهة التحايل بعد الوجوب

---

(١) المغنى لابن قدامة حـ ٣٢٦ — ٣٢٨ ، الشفعة فى القانون الأهلى والمختلط والشريعة الاسلامية للأستاذ الدكتور محمد كامل مرسى ص ١٠٥ . البدائع حـ ٥ ص ٣٤ ، ٣٥ تكملة الفتح حـ ٧ ص ٤٤٨ وأعلام الموقعين حـ ٣ ص ٢٢٩ ، المبسوط حـ ١٤ ص ١٣١ «والحيلة هى أن يظهروا فى المبيع شيئا لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤون فى الباطن على خلافه» .

وقبله أيضا احتياطا لأن جواز الحيلة يؤدى إلى سد باب الشفعة وفيه إبطال هذا الحق وقد جاء به الشرع. أما الإمام السرخسى صاحب المبسوط فإنه يقول «والاشتغال بهذه الحيل لإسقاط حق الشفيع لا بأس به أما قبل الوجوب فظاهر وأما بعد الوجوب فكذلك إذا لم يكن قصد المشترى الإضرار بالشفيع وإنما قصد حماية ملكه والدفاع عن نفسه، وقيل هذا قول أبى يوسف وأما عند محمد فيكره» وعلى كل فلم يقل أحد من الأحناف بتحريم استعمال الحيلة ولكن بعضهم يحتاط مخافة قصد الإضرار بالشفيع.

لكن الإمام أحمد والإمام مالك يريان أنه لا يحل الاحتيال لإسقاط الشفعة وإن احتال فلا يسقط حق الشفيع مادام قد ظهر أن ما حدث للتحايل لأن التحايل لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها لأنها شرعت لدفع الضرر فلو شرع التحايل لإبطالها لبقى الضرر الذى قصد رفعه ويستدلون بما روى عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل»(١)

٢١٥ — بعض صور الحيل: ١ — أن يبيع داراً إلا ذراعا منها فى طول الحد المجاور للشفيع فلا يستحق الشفيع فيها شفعة لانعدام التلاصق.

٢ — أن يهب شخص لآخر ذراعا بطول الحد الذى بينه وبين الجار ويسلمه إليه ثم بعد أن يتملكه بالهبة يبيعه باقى العقار فلا شفعة للجار فى الموهوب لأنه خرج بغير عوض ولا فى المبيع لأنه ليس له سبب للشفعة.

٣ — أن يبيع مقدار ذراع فى طول حد الجار بثمن مرتفع لا يقبله به الشفيع ثم يبيع باقى العقار بثمن مراعياً فيه الزيادة السابقة إلى غير ذلك.

وبهذا نكون قد انتهينا من الكتاب الرابع فى الشفعة.



(١) وقد طال النقاش فى هذا فارجع إلى المراجع المذكورة.

الكتاب الخامس

العقد فى الفقه الاسلامى

[illegible]

القسم الأول

تكوين العقد وأثره

الفصل الأول

تعريف العقد وشروطه

العقد عند اللغويين

٢١٦ – تعريف العقد: كلمة عقد هذه كلمة قديمة في مبناها وفي معناها فهي في لغة (١) العرب تطلق على ما فيه ربط بين أطراف الشيء يقال عقد الحبل فانعقد، والعقد أيضا يطلق ويراد به الضمان والعهد، ويطلق أيضا على ما يفيد إحكام الشيء وتقويته، كما يطلق على كل ما يفيد التزاما، وإن كان الأصل فيه الربط الحسي بين أطراف الشيء إلا أن العرب قد استعملوها للربط المعنوي للكلام سواء أكان توثيقاً وتقوية لكلام صادر من جهة واحدة كأن تقول عقدت النية والعزم على فعل كذا إذ فيه ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به، أم كان ربطا بين كلامين لشخصين فيقال عقد البيع والزواج والإجارة، ويقال عقدت اليمين. فالعقد عند علماء اللغة يشمل كل ما فيه معنى الربط أو التوثيق والالتزام من جانب واحد أو من جانبين.

العقد عند الشرعيين

٢١٧ – العقد في نظر الفقهاء: وإن كان العقد لم يرد في كتب الفقه على كثرة ما استوعبته كموضوع مستقل بالبحث ولم يذكر فيها إلا عند الكلام عن عقد من العقود إلا أنه يمكن من كتاباتهم هذه استنتاج آرائهم في العقد ونظرتهم العامة إليه. فجمهور الفقهاء والأحناف منهم خاصة يطلقونه بمعنيين الأول

---

(١) راجع القاموس باب الدال فصل العين حـ ١ ص ٣١٥، ٣١٦، المصباح ص ٥٧٥ «عقدت الحبل عقدا، والعقدة ما يمسكه ويوثقه، ومنه قيل عقدة البيع ونحوه وعقدت اليمين وعقدة النكاح إحكامه وإبرامه. والعقدة القلاد. واعتقد كذا عقد عليه القلب والضمير حتى قيل العقيدة ما يدين الإنسان به».

جمهور الفقهاء يرون فيه اجتماع إرادتين

هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل (١) ، الثاني : العقد هو ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام وغيره يترتب عليه التزام بين طرفيه . فالعقد عندهم بهذين المعنيين لا يكون إلا فيما يحدث بين اثنين من تعاقد أو بمعنى آخر ما يتوقف الالتزام فيه على اجتماع إرادتين غير أن بعض فقهاء المذاهب الأخرى والفقيه الحنفي «الجصاص» ينظرون إلى العقد بمعنى أعم من نظرة الآخرين. ويقول الجصاص (٢) «العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو ، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به وسمى اليمين على المستقبل عقدا لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بالفعل أو الترك . وكذا كل ما شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد» «ويقول في تفسيره لقول الله تعالى «يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» العقد هو التزام على سبيل الإحكام (٣) وبذا يشمل العقد عندهم ما كان الالتزام فيه من جانبين كالبيع والإجارة والزواج، وما كان لابد لانعقاده من تلاقي إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول كالوكالة والوصية على أفراد كما يشمل ما يتم الالتزام فيه بإرادة واحدة من غير توقف على شيء آخر كالطلاق (٤) المجرد والعزل من التوكيل والعتق . وبذا يكون هؤلاء أقرب بكثير إلى المعنى اللغوي من الآخرين .

بعض الفقهاء يطلقونه على كل التزام

هذا ما قاله الفقهاء وإننا لننقل إليك ما يقوله أستاذنا المرحوم الشيخ أحمد ابراهيم (٥) «وأرى أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالإرادة المنفردة وحدها

---

(١) العناية على هامش الفتح حـ ٥ ص ٧٤ .

(٢) آيات الأحكام حـ٢ ص ٢٩٤ وراجع أيضاً كتاب العقود لشيخ الاسلام الفيلسوف ابن تيمية .

(٣) تفسير الفخر الرازي حـ ١١ ص ١٢٣ أول سورة المائدة .

(٤) الطلاق لغة رفع القيد وشرعا هو رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ، هو مجرد كقول الزوج لزوجته أنت طالق ، ويكون نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها كي يطلقها ، والحكم يختلف في كل منهما عن الآخر .

(٥) مذكرة الالتزامات في الشرع الاسلامي لقسم الدكتوراه سنة ١٩٤٥ ص ٤٢ .

عقدا. على أن العقد المكون من إرادتين متوافقتين متقابلتين هو فى الحقيقة عقد مؤلف من عقدين أحدهما من ناحية الموجب وثانيهما من ناحية القابل.

٢١٨ — **العقد عند رجال القانون**: لا تكاد تختلف نظرة رجال القانون عن نظرة جمهور رجال الفقه الإسلامى السابق بيانها أولا. إذ أنهم يعرفون العقد بأنه [1] «اتفاق شخص أو أكثر مع شخص أو أكثر على التعهد بتحصيل منفعة شرعية للمتعهد له» أوهو «توافق إرادتين على انشاء التزام أو على فعله» [2] ومن هذا تجد القانون يخص العقد بما كان لابد فيه من إرادتين أما ما يتم بإرادة واحدة وما تشمله إطلاق كلمة عقد عند اللغويين وعند البعض من رجال الفقه الإسلامى فهو ليس بعقد عندهم وإنما هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام. العقد فى نظر القانون

٢١٩ — **العقد والالتزام**: عرفنا العقد فيما تقدم وبينا آراء الفقهاء فيه وقد اتفقوا على أن العقد يفيد التزاما يتوقف وجوده على اجتماع إرادتين أو يفيد التزاما من غير توقف على إرادة أخرى. ولذا أردنا أن نبين ماهو الالتزام. يعبر الفقهاء عن معنى الالتزام بلفظ الحق فيشمل جميع الحقوق المالية وغير المالية ويتناول العينية والشخصية، كما يستعمل الفقهاء الالتزام فى أحوال التعاقد وبالأخص فى حالات إلزام الشخص نفسه حتى أنهم أطلقوا اسم الالتزام على أحوال الإرادة المنفردة [3]. ويمكن القول بأن الالتزام فى جوهره هو عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين أو هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر [4]، أو هو كما يقول الفقهاء «إيجاب الإنسان أمرا على نفسه إما باختياره وبإرادته وإما بإلزام الشرع له» [5]. وعلى هذا تجد أن العقد مرادف العقد والالتزام

---

(١) شرح القانون المدنى للمرحوم أحمد فتحى زغلول ١٢٧.

(٢) الوسيط للدكتور السنهورى ص ١٣٧.

(٣) النظرية العامة للالتزام فى الشريعة الاسلامية للدكتور شفيق شحاته ص ١٩٧.

(٤) الوسيط للدكتور السنهورى ص ١٠٧

(٥) مذكرة الالتزام للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم ص ٢١

للالتزام على ماقاله بعض الفقهاء أو أن العقد أخص من الالتزام على مايراه جمهرة الفقهاء أو هما متقابلان على أساس ما يراه جمهور الفقهاء فى العقد وما قيل من أن الالتزام هو أحوال الإرادة المنفردة .

وجوب الوفاء بالعقد المشروع

٢٢٠ — **متى يجب الوفاء بالعقد** : ورد العقد فى القرآن فى عدة مواضع كلها تفيد الحث على الوفاء بالالتزام « يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » ، « ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » ويقول الرسول عليه السلام . « لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له » ويرى الفقهاء أن العقد اذا انعقد على شىء مشروع وجب الوفاء به وإلا فهو لا ينشىء التزاما ولا يجب الوفاء به بل ويحكمون على العاقد بأنه آثم شرعا فتعاقد المسلم على الخمر والخنزير والتعاقد على الربا ، والعقد على من حرمت على الشخص شرعا ، فكل ماحرمه الشرع لا يصح التعاقد عليه « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير » ، « إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه » ، « وأحل الله البيع وحرم الربا » ، « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت .. »

مالابد منه لوجود العقد

٢٢١ — **ما يتوقف عليه وجود العقد** : ولا بد لتصور العقد ووجوده من وجود محل للعقد يقع عليه التعاقد كالسلعة فى عقد البيع والمنفعة فى عقد الإجارة ، ولا بد من وجود الصيغة التى يتكون منها العقد وهى عبارة المتعاقد كأن يقول البائع بعت ، أو يقول المشترى اشتريت أو مايدل على رغبتهما كما أنه لا بد من وجود شخص هو العاقد الذى يرغب فى التعاقد وتصدر منه العبارة الدالة على رغبته فى العقد والذى سيكون ملتزما بما يترتب على العقد من تعلق الحكم الشرعى به فإذا تصورت عقد بيع مثلا فإنه لا بد من وجود البائع والمشترى ولا بد من وجود شىء يباع الذى هو محل العقد وما يحدث بين المتعاقدين مما يدل على رغبة البائع فى البيع والمشترى فى الشراء ، وهو صيغة العقد .

٢٢٢ — **ركن العقد** : ركن الشيء عند غير الأحناف ما لابد منه لتصور الشيء فعلا سواء أكان جزءا منه أم مختصاً به وعلى هذا فأركان العقد عندهم هو ما تقدم من العاقد ومحل العقد وصيغة العقد لأن العقد لا يتصور ولا يوجد إلا بها أما الأحناف فالركن عندهم هو ما كان جزءاً من الشيء ولا يوجد إلا به وعلى هذا فركن العقد عندهم هو الإيجاب والقبول اللذان يكوِّنان صيغة العقد وإن كان العاقد لابد من وجوده لوجود العقد وكذا لا بد من وجود محل العقد الا أنهما ليسا من أجزاء العقد . ركن العقد

٢٢٣ — **الايجاب والقبول** : يختلف الأحناف مع باقي الفقهاء أيضاً في تعريف كل من الإيجاب والقبول فبينما يرى الأحناف أن الإيجاب هو ماصدر أولا من أحد المتعاقدين ، وأن القبول ماصدر ثانياً من العاقد[1] الثاني يرى غير الأحناف أن الإيجاب ما صدر من المملك سواء أكان صدر أولا أم ثانياً والقبول ماصدر من المتملك فعبارة البائع والمؤجر والزوجة هي الإيجاب عندهم سواء صدرت أولا أم أخيرا لأنهم هم الذين سيملكون المشترى السلعة المبيعة والمستأجر منفعة العين المؤجرة والزوج العصمة والمتعة وهكذا . الإيجاب والقبول

شروط العقد

٢٢٤ — **مايشترط في العقد** : العقد ينعقد ويتم بمجرد إتمام الإيجاب والقبول وإذا انعقد ترتب عليه أثره الشرعي . ففي عقد البيع يتم العقد بمجرد صدور الإيجاب والقبول وارتباطهما فإذا تم ذلك فقد وجد حكم العقد وهو انتقال ملكية شروط العقد

---

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٤٤ « الايجاب هو الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد وتصدر أولا والقبول ماتقع ثانيا من أى جانب كان كل منهما » وراجع المغنى حـ ٣ ص ٥٦٠

المبيع إلى المشترى والثمن إلى البائع . غير أن الارتباط بين القبول والإيجاب لا يتحقق إلا اذا توافرت فيه الشروط [١] الآتية :

(١) أهلية المتعاقد . (٢) توافق الايجاب والقبول على محل عقد بعينه (٣) أن يكون محل العقد قابلا للتعاقد شرعا . (٤) أن ينتج العقد فائدة لم تكن موجودة . (٥) أن يتصل القبول بالايجاب فى مجلس العقد .

— ١ — أهلية المتعاقد

٢٢٥ — **أهلية المتعاقد** : الملكية التى تثبت بالعقد ليست جديدة على محل العقد ولكنها كانت موجودة من قبل والعقد قد نقلها من حيز إلى حيز . فهو ينقل ملكية الشيء من مالكه الأول إلى مالك آخر نتيجة رغبة وإرادة ولذا كان لابد فيه من تحقيق القصد والإرادة ، وهذا لا يكون إلا من شخص له إرادة معتبرة شرعا . لذلك اشترط الفقهاء لانعقاد العقد وترتب أثره عليه أن يكون المتعاقد مميزا [٢] يعنى مايقول ويقصد الوصول إلى أثره المترتب عليه بعبارة واضحة الدلالة على وجود إرادته وقصده . لأن الارتباط فى الواقع يكون بين الإرادة التى تظهرها العبارة .

فلو انعدمت الأهلية فى أحد المتعاقدين بأن كان أحدهما أوكلاهما مجنونا أو غير مميز إلى غير ذلك مما سنتناوله بالتفصيل عند الكلام عن عوارض الأهلية فلا ينعقد العقد الذى هو طرف فيه بنفسه .

— ٢ — توافق الإيجاب والقبول

٢٢٦ — **توافق الايجاب والقبول على محل عقد بعينه** : يتوافق الإيجاب مع القبول ويتلاقى معه إذا كان مطابقا له فى كل جزئية من جزئياته [٣] كأن يقول

---

(١) الشرط عند الاحناف ما يتوقف وجود الشيء عليه دون أن يكون جزءا منه كتوقف الصلاة على الطهارة مع أنها لم تكن جزءا منها . راجع المغنى حـ ٣ ص ٥٦٠/٥٦١ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار حـ ٤ ص ٥ وما بعدها وفتح القدير حـ ٥ ص ٧٤

(٢) فى فتح القدير حـ ٥ ص ٧٤ « فصح بيع الصبي والمعتوه الذين يعقلان البيع وأثره » وفى حاشية ابن عابدين حـ ٤ ص ٥ « ولا يشترط البلوغ والحرية ولا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل أما الصبي — المميز — فعقده لنفسه ينعقد موقوفا على الإجازة » .

(٣) الفتح حـ ٥ ص ٧٩ / ٨٠ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه حـ ٣ ص ٢٠ إلى ٢٢ والبدائع حـ ٥ ص ١٣٦ وما بعدها « وأن يكون القبول موافقا للايجاب وبأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع وبما أوجبه فإن خالفه بأن قبل غير ما أوجبه أو بعضه أو بغير ما أوجبه أو =

شخص لآخر بعتك كتابي هذا بعشرة قروش . فيقول الآخر قبلت فإن محل العقد الذى هو الكتاب أخرجه البائع من ملكه نظير قبضه عشرة قروش يأخذها فى الحال من المشترى ، وقد قبل المشترى أن يدخل فى ملكيته الكتاب نظير أن يخرج من ملكه عشرة قروش يدفعها للبائع في الحال .

إذا تضمن القبول الايجاب وأكثر

٢٢٧ — القبول يتضمن الايجاب وأكثر : فإن كان القبول مع اختلافه يتضمن قبولا للإيجاب ويشتمل على جميع جزئياته . اعتبره الفقهاء قبولا ضمنياً وانعقد العقد معه وترتب عليه أثره الشرعي وذلك كأن تقول لآخر بعتك كتابي بعشرة قروش . فيقول الآخر قبلت بعشرين قرشاً فإن العقد ينعقد لأن القبول جاء موافقا للإيجاب ضمنيا ومشتملا عليه إذ القابل للشراء بعشرين قرشا يكون قابلا للشراء بالعشرة من باب أولى . غير أنهم قالوا المشترى لا يلزمه[1] إلا العشرة قروش فقط التى نص عليها الإيجاب وتم العقد على أساسها لأن المشترى لا يملك أن يدخل فى ملك غيره شيئاً من غير رغبته إلا إذا قال البائع بعد ذلك فى المجلس قبلت إجابة على كلام المشترى . فيلزم المشترى بدفع العشرين ويكون العقد قد تم بإيجاب من المشتري وقبول من البائع ، ولا اعتبار لعبارة البائع الأولى .

ومن هذا اذا قال البائع للمشترى بعتك هذه الدار بما فيها من أثاث بألفى جنيه . الدار بألف وخمسماية . والأثاث بخمسماية . فقال المشترى قبلت شراء الدار فقط بالف وخمسماية إذ البائع ببيانه ثمن كل من الدار والأثاث على حدة يكون قد طلب تفرقة الصفقة عليه فيتم العقد[2] ، وكذا لو باعه بثمن

= بيعضه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ وفى حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص٦ «ويشترط موافقة الإيجاب للقبول وإلا لم ينعقد العقد إلا فى الشفعة بأن باع عبدا وعقارا فى عقد واحد فطلب الشفيع العقار وحده» وقدمنا قبل أن أخذ الشفيع يعتبر شراء جديدا ، وقلنا الخلاف فيما إذا كان المبيع فى يد البائع وطلبه الشفيع هل يملك من البائع وينقض العقد الأول ويعتبر كانه أصدر إيجابين أحدهما للمشترى والآخر للشفيع والقاضى يرجح احدهما . . الخ فارجع إلى ما تقدم

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٧

(٢) راجع البدائع جـ ٥ ص ١٣٧ وراجع الفتح والعناية جـ ٥ من ٧٩ إلى ٨١

مؤجل . فقبل المشترى بثمن حال لأن القبول فى كل هذا لم ينقص شيئاً من الإيجاب وانما جاء متفقا معه ومتضمنا رغبة صاحب الإيجاب .

إذا لم يتضمن القبول الإيجاب

٢٢٨ — **القبول لا يتضمن الإيجاب**: أما إذا كان القبول غير مشتمل على جميع جزئيات الإيجاب فإنه لايتلاقى معه(١) . فإذا قال شخص لآخر بعتك كتابى هذا بعشرة قروش ، أو يقول له بعتك دارى هذه بما فيها من أثاث بألفى جنيه ولم يفصل لكل ثمنا . أو يقول له بعتك كتابى هذا بعشرة قروش تدفعها حالا . فقال المشترى قبلت شراء الكتاب بسبعة قروش ، أو قبلت شراء الكتاب بعشرة قروش مؤجلة . فإن العقد لا ينعقد بشىء من هذا إذ القبول لم يتضمن كل ماجاء به الإيجاب ، ويعتبر هذا بمثابة إيجاب جديد من المشترى يحتاج إلى قبول من البائع ، فإذا حدث ذلك وقبل البائع ماعرضه المشترى تم العقد وانعقد ، واعتبرت العبارة الأولى لاغية .

وجهة نظر الفقهاء

٢٢٩ — **وجهة نظر الفقهاء وأثرها فى التعاقد** : وبالجملة فيمكن القول بأن نظرة الفقه الإسلامى هنا تتلخص فى أنه إذا كان الاختلاف لا يضر بمصلحة الآخر انعقد العقد إذ المقصود بتوافق الإيجاب مع القبول ، توافر الرضا بالعقد بين طرفيه أما اذا كان الاختلاف يضر بالآخر فلا ينعقد العقد(٢). يقول الله سبحانه وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم).

ولعل أثر هذا يظهر واضحاً إذا باع شخص لآخر عقارا معينا بألف جنيه حالة فقبله الآخر بألف ومائة حالة . وعقب صدور القبول انفض المجلس ثم عدل أحدهما عن رأيه . أو خرج أحد المتعاقدين عن أهليته . ثم قام نزاع فى انعقاد العقد وترتب أثره عليه . فالمشترى أو من ينوب عنه طالبوا البائع أو من ينوب عنه بتسليم العقار واستلام الألف ، وامتنع الطرف الآخر . فيكون الحكم كما تقدم .

---

(١) راجع البدائع جـ٥ ص ١٣٧ وراجع الفتح والعناية جـ٥ ص ٧٩ إلى ص ٨١ .

(٢) ولذا فى عقود التبرعات لو وهب شخص لآخر عشرة قروش فقبل خمسة انعقد عند الشافعى راجع نهاية المحتاج جـ ٦ كتاب الوصية .

موافقة القانون للفقه

٢٣٠ — **حكم القانون في هذا** : هذه هي نظرة رجال الفقه الإسلامي أما القانون فالمادة ٩٦ تنص : « إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجابا جديدا » فإذا باع بألف فوراً وقبل المشترى أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع شيئا . أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفا ولكن بالتقسيط . لم يتم البيع واعتبر هذا القبول إيجابا جديدا . هكذا يقول الدكتور السنهوري في تعليقه على المادة المذكورة [1] وبهذا يظهر أن القانون جاء متفقا مع نظرية الفقهاء في هذه المسئلة لا يختلف عنها في شيء يذكر [2] .

٢٣١ — **أن يكون محل العقد قابلا للتعاقد شرعا :**

— ٣ — أن يكون التعاقد عليه قابلا للتعامل شرعا

محل العقد هو ما كان التعاقد بخصوصه واقعا عليه . وهو إما أن يكون مالا ، أو منفعة مال ، أو منفعة ما ليس بمال ، أو عملا . فالأول كبيع دار أو سيارة أو كتاب فهذه كلها أموال يصح التعامل عليها وبالعقد تنتقل ملكيتها من البائع إلى المشترى وإن كان محل العقد منفعة مال . كأن تستأجر دارا للسكنى ، أو ضيعة للاستغلال ، أو سيارة للتريض أو كتابا للقراءة . فإن العقد ينعقد عليها لأن الشارع قد أجازها ويتملك المستأجر الانتفاع كما يتملك المالك الأجر وكذا إن كان محل العقد منفعة ما ليس بمال كالزواج . فمحل العقد فيه منفعة الزوجية مع أن الزوجة ليست بمال فإن العقد يتم بين الزوجين ويترتب أثره عليه ما دام الشارع قد أجازه وكذا إن كان محل العقد مجرد عمل مثل عمل الطبيب والمحامي والمهندس والحارس والمعلم فإن العقد ينعقد عليه لأنه عمل جائز شرعا.

وعلى هذا الأساس لو كان محل العقد لا يعتبر مالا في نظر الشارع كلحم الميتة مثلا وكالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم أو منفعة مال لا يعتبرها الشارع ولا يقرها كاستئجار سلاح من شخص للقتل به من غير حق ، أو منفعة ما ليس بمال ،

(١) راجع الوسيط للدكتور السنهوري ص ٢٢٠ .

(٢) لكن جاء في كتاب « الأموال ونظرية العقد » ص ٢٥٦ ، ص ٢٥٧ أن القانون يختلف مع الفقه الاسلامي .

ولا يعتبره الشارع كاستئجار البغايا، وكالزواج بمحرم منه . أو كان عملا نهى عنه الشارع مثل استئجار النائحة للنوح أو شخص للسرقة أو للاعتداء على آخر بالضرب . فإن العقد لا يترتب عليه أثره فى شىء من ذلك لأن الشارع قد نهى عنه فلا يحدث ارتباط بين الإيجاب والقبول . وإذا وجد عقد فى الظاهر فإنه لا يترتب عليه حكمه الشرعى [١] . على تفصيل فى ذلك يرد فى موضعه والمادة ١٣٥ من القانون المدنى تنص على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا فلا يجوز أن يكون الشىء المخالف للنظام العام أو الآداب محلا للالتزام ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب [٢] .

٤ — أن يكون العقد مفيدا

٢٣٢ — **أن ينتج العقد فائدة :** فعقد البيع والإجارة والقرض والكفالة والزواج إلى غير ذلك . كلها عقود تنتج فائدة جديدة مشروعة لم تكن موجودة لدى المتعاقد قبل التعاقد فالمشترى سيتملك المبيع والمستأجر سينتفع بالعين، والمقترض سيستفيد بما اقترضه والدائن قد استفاد ضم ذمة المدين فاطمأن على دينه ، وتأكد من استيفائه ، والزوج ثبتت له حقوق الزوجية وهكذا . أما إذا كان العقد لا ينتج شيئا من ذلك وليس له أي فائدة أصلا كما إذا كانت دار مشتركة بين اثنين لكل منهما النصف شائعا غير

---

(١) المغنى لابن قدامة حـ ٤ ص ٢٢٢ وما بعدها . وفى ص ٢٦٠ أن ابن المرضع يجوز بيعه عند الشافعى وهو مكروه عند أحمد بن حنبل وحرام عند مالك وأبى حنيفة وبعض الحنابلة يقول ابن قدامة والأول أصح لأنه ابن طاهر منتفع به فجاز بيعه ولأنه يجوز أخذ العوض عنه فى إجارة الظئر — المرضع — فأشبه المنافع » وراجع فيه من ص ٢٥٥ إلى ص ٢٦٤ والبدائع حـ ٥ ص ١٤٥ وعلى هذا يمكن قياس بيع الدم لأنه ينتفع بنقله فى تقوية المريض الذى يحتاج فى علاجه إلى نقل دم وفى البدائع حـ ٥ ص ١٤٤ عن أبى حنيفة « كل شىء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه ، وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته . ثم قال ويجوز بيع آلات الملاهى من الطبل والمزمار والدف ونحوها عند أبى حنيفة لكنه يكره فلو أتلفها إنسان ضمنها عند الأمام خلافا للصاحبين وعلى هذ بيع النرد والشطرنج . ثم يقول والصحيح قول أبى حنيفة لأن كل واحد منهما منتفع به شرعا وبالجملة فراجع من ص ١٣٨ الى ص ١٤٥ والهداية حـ ٣ ص ٣٦

(٢) الوسيط للدكتور السنهورى ص ٣٩٨ .

محدود فإذا باع كل منهما للآخر نصيبه في هذا العقار في مقابل نصيب الآخر فلا فائدة من هذا البيع أو التبادل لأن العقار بينهما شائع . ولا يتكون من هذا عقد ولا يترتب عليه أي أثر لأنه عبث يتنزه الإنسان عنه .

اتصال ركني العقد في المجلس

٢٣٣ — اتصال الإيجاب بالقبول: أن يتصل القبول بالإيجاب (١) في مجلس العقد إن كان المتعاقدان حاضرين. فبمجرد صدور الإيجاب ممن صدر منه يجب على الطرف الآخر أن يصل قبوله بالإيجاب في المجلس . أما إذا كان أحــــد المتعاقدين حاضراً والآخر غائبا فيجب على الغائب بمجرد وصول الإيجاب إلى علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب ومع هذا فلا يتحقق هذا الاتصال إلا إذا كان كل عاقد يعلم بما صدر من صاحبه ويفهمه ، ولأن تكون العبارة مقصودة ومرغوبا في أثرها الشرعي ٢ ـ أن يكون القبول في مجلس الإيجاب ، سواء أكان مجلس صدوره أم مجلس العلم به من غير أن يفصل بينهما فاصل .

أن يفهم كلاهما عبارة الآخر

٢٣٤ — أن يفهم كل منهما عبارة الآخر: فلأن ذلك هو أساس اتصال الإرادتين. فلا بد لوجود التزام بينهما أن يفهم كل منهما عبارة الآخر وأنه يقصد ما يترتب عليها (٢) . لأن الإرادة التي يتم بها الارتباط أمر خفي ، والعبارة أو ما يقوم مقامها هي الكاشفة عن الإرادة والمظهرة لها ولذا لزم أن تكون واضحة مفهومة — فإذا صدر من الموجب ما يدل على إرادته ورغبته في الإيجاب لكن لم يصل إلى سمع الآخر أو لم يفهم مدلوله لأنه بلغة لم يفهمها أو لشيء من ذلك وصادف في نفس الوقت أن صدر منه ما يصلح أن يكون قبولا فإن العقد لا ينعقد ، وكذا إذا كان صاحب الإيجاب قصد إيجابه ، وسمعه الآخر وفهمه . وعبر بما يدل على قبوله . لكن صاحب الإيجاب لم

---

(١) راجع الدر المختار جـ٤ص٦، ص ١١ ، البدائع جـ ٥ ص ١٣٧ ، الفتح جـ ٥ ص٧٨ ، المغنى جـ ٣ من ص ٥٦٢ إلى ٥٦٩

(٢) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٤ .

يسمع أو لم يفهم ذلك القبول . فإن العقد لا ينعقد أيضاً ولا يعتبر هذا من اتصال القبول بالإيجاب .

اتصال القبول بالإيجاب وحكمته

٢٣٥ — التعبير بصدور القبول فى مجلس العلم بالإيجاب وحكمته: ولا بد لتحقيق الاتصال من أن يصدر القبول فى مجلس العلم بالإيجاب. سواء أكان المتعاقدان حاضرين فى مجلس واحد يسمع كلاهما عبارة الآخر . أم كان التعاقد بينهما بالرسالة أو الرسول . ففيه خير للمتعاقدين معا حتى يتبين كل منهما موقفه. فمن مصلحة صاحب الإيجاب أن يعرف رأى الآخر عند علمه بالإيجاب من غير أن يمضى على ذلك وقت ومن مصلحة الآخر أن يظهر رأيه بالقبول أو الرفض قبل أن يرجع الموجب عن إيجابه، أو يرى فرصة أخرى تحقق له غرضا أفضل مما عرض ، ولأن الأصل فى التعاقد هو الإرادة وهى كما قلنا أمر خفى لا مظهر لها إلا مايدل عليها من العبارة ، والإيجاب ينتهى ويبطل بانتهاء صدوره . فتبقى الإرادة بغير دليل على بقائها فلا تعتبر ، ولذا ، كان القياس يقضى بضرورة اتصال القبول فور ظهور الإيجاب من غير فاصل زمنى وإنما اعتبر الفقهاء مجلس العقد دليلا على قيام الإرادة وبقائها مع أن القياس يقضى بانتهاء الإيجاب بالانتهاء مما يدل عليه إلا أن العرف اعتبر مدلول العبارة قائمة مادام المجلس لم يتغير . ولم يتخلله فاصل ولذا قالوا: إن الإيجاب يعتبر باقيا مابقى المجلس إلا إذا رجع عنه صاحبه ليتيسر على الناس التعامل ويستطيع الآخر التروى بعض الشىء فيما يقدم عليه من قبول أو رفض ، ويقوله صاحب العناية(١) ، ولأن فى إبطال الايجاب قبل انقضاء المجلس عسرا بالمشترى ، وفى إبقائه فى ماوراء المجلس عسرا بالبائع ، وفى التوقف على المجلس يسر بهما جميعا . والمجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر ، ويقول صاحب البدائع «القياس يقضى أن لا يتأخر أحد شطرى العقد عن الآخر كى يصدر الثانى

سبب التقيد بالمجلس

---

(١) العناية على فتح القدير حـ ٥ ص ٧٨ ، والبدائع حـ ٥ ص ١٣٧ يذكر هذا المعنى .

قبل انعدام الأول إلا أن اعتبار ذلك يؤدى إلى انسداد باب التعاقد فاعتبر المجلس جامعا للشطرين حكما للضرورة وحق الضرورة يقدر باتحاد المجلس فإذا اختلف زالت الضرورة . وعند الشافعي لابد من الفورية مع هذا ، وعلى كل فالفقهاء بين موسع فى ذلك ومضيق وإليك ما يراه كل فريق .

٢٣٦ — الشافعية يشترطون الفورية ويثبتون خيار المجلس : يشترط الشافعية(١) اتصال القبول بالإيجاب فور صدوره من غير وجود أى فاصل كان ولو يسيراً فى غير موضوع العقد ، واعتبروا أن صدور أى شيء من الآخر فى العقد قبل إظهار رغبته يكون فاصلا مانعا من تلاقى الإيجاب بالقبول ويعتبرونه بهذا منهياً لمجلس العقد فلو قال الرجل بعد سماعه الإيجاب سبحان الله أو لا إله إلا الله أو تكلم بأى كلام أو أحدث أى فعل كان بعد صدور الإيجاب اعتبروا ذلك إعراضاً عن الإيجاب لأن الأصل فيه أنه يزول ويرتفع بالانتهاء من التلفظ به . فلو صدر القبول بعد ذلك فلا يتصل بالإيجاب عند الشافعية إلا أنهم مع هذا قد جعلوا له الحق بعد ذلك فيما سموه خيار المجلس(٢) فأعطوا له الحق فى أن يرجع فى قبوله ويرفض الإيجاب من جديد ويكون ذلك فسخا منه للعقد الذى تم فعلا ، لكن بشرط أن يكون ذلك الخيار فى مجلس العقد . فإذا انتهى المجلس سقط حقه فى الفسخ وأصبح العقد لازما ، وأن يكون فى عقود المعاوضات كالبيع والإجارة . وأما عقود الزواج وأمثالها فلا خيار فيها اتفاقا . ويستند الشافعي إلى ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ، وهم بهذا قد يسروا على الناس فى التعاقد ما ضيقوه عليهم قبل القبول ، وبذا يستطيع القابل أن يتدبر الأمر ويوازن بين مصلحته فى إتمام

خيار المجلس

(١) نهاية المحتاج جـ٣ ص ٨

(٢) خيار المجلس هو ما يثبت لأحد المتعاقدين فى عقود المعاوضات حق فسخ العقد أو إمضائه فى مجلس العقد قبل أن يفترقا من غير اشتراط . وهو غير خيار الشرط الذى لا يثبت إلا باشتراط فى العقد وهو محل اتفاق وسيأتى بيانه .

العقد أو فسخه ووافقهم على خيار المجلس احمد بن حنبل أيضا (١) وخالفهم في ذلك مالك وأهل الرأى .

الأحناف يرون خيار القبول فى ا لمجلس

٢٣٧ — **الاحناف لايشترطون الفورية ويثبتون خيار القبول فى المجلس :**

لكن الأحناف رأوا أن الفورية وإن كان القياس يقتضيها إلا أن مصالح الناس وتيسير التعامل عليهم يقتضى أن يترك صاحب القبول حراً ما دام مجلس العقد قائما . لأن المجلس يعتبر بقاؤه دليلا على بقاء مدلول الإيجاب وهو الإرادة فإذا صدر الإيجاب من صاحبه كان للآخر حق خيار القبول كما يسميه فقهاء الأحناف «إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل فى المجلس وإن شاء رده . وهذا خيار القبول . لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه(٢)» وقالوا إن الخيار المذكور فى الحديث هو هذا .

ولعل ما استحسنه الأحناف فيه توسعة على الناس وتيسير عليهم فى تعاملهم من غير ضيق ولأنهم جعلوا صاحب الإيجاب غير ملزم بإيجابه إلا إذا اتصل القبول به ومن حقه أن يرجع عنه فى المجلس مادام لم يصبح ملزما لخلوه عن إبطال حق الغير(٣) ، وفى هذا مصلحة للآخر أيضا لأنه يستطيع أن يتروى ويوازن فى الأمر قبل أن يلتزم ويرتبط بالقبول أو يعرض عن العقد ومجلس العقد يعتبر منتهياً إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول أو قام أحدهما عن المجلس قبل القبول(٤) أو حدث مايدل على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر أو الانتقال إلى حديث آخر ، وقد تكلم فقهاء الأحناف كثيرا فيما يعتبر إعراضا

انتهاء مجلس العقد

---

(١) المغنى حـ ٣ ص ٥٦٢ إلى ٥٦٤ .

(٢) الهداية حـ ٣ ص ١٧ ، وفى حاشية ابن عابدين حـ ٤ ص ٢٢ « أن الإمام مالك يثبت خيار القبول نقلا عن الفتح » ، لكن الذى فى الفتح حـ ٥ ص ١٢ لا يدل على هذا ونصه « وما قيل من حديث البيعان بالخيار ما لم يتفرقا رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به خيار القبول لعمل به . فغاية فى الضعف إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره » .

(٣و٤) الهداية حـ ٣ ص ١٧ .

وقالوا إذا شرب بعد سماع الإيجاب أو أكل لقمة أو أتم صلاة لا يعتبر إعراضا عن الإيجاب فإذا صدر منه القبول بعد ذلك اتصل بالإيجاب لأن المجلس قائم وهو دليل بقاء الإيجاب (١) . ومع هذا فإننا نجد فى ظاهر الرواية أنهم يعتبرون القيام من قعود والعكس منهيا للمجلس مادام القبول لم يصدر. وإذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو على دابة واحدة لا ينعقد بينهما عقد لأن المجلس قد تبدل بالمشى والسير وقد أجازوا العقد بين راكبي السفينة لأن المتعاقد لا يملك وقفها ، فلم يكن جريانها مضافا إليه (٢) ومن هذا نجد أن الأحناف يلتزمون باتحاد المجلس حقيقة ولا يأخذون بالاتحاد الحكمى إلا للضرورة كما فى مسألة السفينة ويقاس عليها . على ما أرى . ما فى حكمها . كالقطار والطائرة ، وكل ما لا يملك المتعاقد إيقافه عن السير إذا أراد للاشتراك فى العلة. وعلى كل فنجد بعض الفقهاء من الأحناف قالوا بأن اتحاد المجلس سواء أكان حقيقيا أم حكميا ينعقد معه العقد فيجيزونه بين ما شيين ولا يعتبرون القيام بعد قعود والعكس منهيا للمجلس (٣) .

التعاقد أثناء الركوب والمشى

ابن حنبل مع الأحناف فى عدم الفورية ومع الشافعى فى خيار المجلس

٢٣٨ — ابن حنبل يرى خيار المجلس ولا يرى الفورية: والحنابلة مع الأحناف فى أن للآخر أن يقبل طالما لم يتغير المجلس ولم يحدث ما يدل على الإعراض ولم يذهبوا مذهب الشافعى فى الفورية تيسيرا على الناس فى معاملاتهم إلا أنهم قرروا للمتعاقدين خيار المجلس — فى غير عقود الزواج والطلاق والإعتاق على مال وأمثال ذلك ـ وأن يبقى لهما هـــذا الحق حتى يتفرقا واستند إلى ما استند إليه الشافعى مما روى عن الرسول عليه السلام «البيّعان بالخيار مالم يتفرقا» وقالوا إن المرجع فى معرفة مايعتبر تفرقا منهيــا للخيار وملزما للعقد

---

(١) الهداية حـ ٣ ص ١٧ .

(٢) فتح القدير حـ ٥ ص ٧٨ ـ ٨٠ والبدائع حـ ٥ ص ١٣٧ ، والدر المختار حـ٤ ص٢٠

(٣) وفى الفتح حـ ٥ ص ٧٨ « قال شيخ الإسلام فى شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشترى صح وإليه أشير فى جمع التقارير . وفى العقد بين ماشيين اختار الطحاوى وغيره أنه إن أجاب على الفور جاز . وفى الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز . وقيل يجوز فى الماشيين ما لم يفترقا بذاتيهما .

هو العرف لأن الحديث علق التفرق عليه ولم يبينه فيدل هـذا على ترك بيانه للعرف. ولذا قالوا يكون التفرق بأن يبعد أحدهما عن الآخر بحيث لا يسمع كلامه الذى يتكلم به فى العادة وقيل غير ذلك مما يفهم منه أنه يختلف باختلاف الحال والمكان وهذا ما يراه الشافعى أيضا إلا أن ابن حنبل يرى أن الخيار لا يبطل إلا بالتفرق أما الشافعى فيسقط الخيـار بأحد أمرين الاختيار أو التفرق (١) أما الأحناف والمالـكية فلم يعترفا بذلك الخيار كما قلنا لأن عقود المعاوضات عقود ملزمة لهما بمجرد تمام الإيجاب والقبول فلا فرق عندهما بين عقود المعاوضات وعقود الزواج والخلع فى تمامها بمجرد القبول وعدم ثبوت خيار فى المجلس .

مالك لا يرى الفورية ولاخيار مجلس أو قبول

٢٣٩ — المالكية لا يرون الفورية ولا خيار مجلس أو قبول: أما الإمام مالك فإنه مع الأحناف والحنابلة فى مخالفة الشافعى فى اشتراطه أن يكون القبول على فور الإيجاب ولا يأخذون بخيار المجلس ولا بخيار القبول (٢) ولعل ذلك لأنهم يرون أن الموجب يكون ملتزما بإيجابه حتى يتصل به قبول الآخر فـلا يملك أن يرجع فيـه ما دام المجلس قائما ولم يحدث ما يدل على الإعراض. بل ومن فقهاء المالـكية من يرى أن الاشتغال بكلام آخر أو عمل آخر قبل القبول وبعد الإيجاب لا يعتبر منهيا للمجلس إلا إذا كان العرف يرى أنه يعتبر إعراضا عن الإيجاب السابق (٣) .

نظرة القانون

٢٤٠ — القانون مع الأحناف فى عدم الفورية والرجوع عن الإيجاب قبل القبول : ولقـد جنح القانون المصرى الجديد إلى عدم الفورية وعدم

---

(١) راجع المغنى جـ ٣ ص ٥٦٥ إلى ص ٥٦٨

(٢) راجع حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٢٢ والفتح جـ ٥ ص ٨٢ « وما قيل من أن الحديث رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به خيار القبول لعمل به . غاية فى الضعف إذ تركه العمل به ليس حجة على مجتهد غيره »

(٣) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٢٤٠

الالتزام بالإيجاب قبل صدور القبول. غير أن القانون تعرض لمسألة أخرى وهى ما إذا التزم الموجب بالإيجاب لفترة معينة فلا يصح له الرجوع فيه وإليك ما تقوله المادة ٩٤ من القانون جاء فى الفقرة الأولى منها « إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد . دون أن يعين ميعاد للقبول . فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا . . . . » والفقرة الثانية « ومع ذلك يتم العقد لو لم يصدر القبول فورا إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد » وفى المذكرة التفسيرية « ... وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة : تنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه فى الفترة التى بين الإيجاب والقبول ، وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود بنظرة الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد»

القانون لا يرى الفورية ولا يلزم الموجب من غير شرط

ولقد أفاض الدكتور السنهورى فى تحبيذ الأخذ بنظرية الفقه الحنفى . وترك نظرية القوانين الحديثة المتمشية مع الفقه الشافعى فى اشتراط الفورية لاتصال القبول بالإيجاب (١) .

خلاصة الآراء فى اتصال القبول بالإيجاب

٢٤١ — **خلاصة ما قيل فى اتصال القبول بالإيجاب** : إن الإيجاب إذا لحقه القبول من غير فاصل فى المجلس يتم العقد اتفاقا وفيه خيار المجلس ما لم يفترقا عند الشافعية والحنابلة خلافا للأحناف والمالكية، وإذا كان القبول بعد حدوث فاصل فى غير موضوع العقد فالشافعية يرون أن الإيجاب قد بطل

(١) الوسيط ص ٢١٣ إلى ٢١٥ . غير أنه أسند اشتراط الفورية للفقه المالكى وهى كما علمت نظرية الفقه الشافعى .

هـذا ولعل ما رواه الحطاب الفقيه المالكى فى كتابه « المواهب » من أن شخصا مسافرا كتب وثيقة ببيع شىء عينه لزوجته وهى فى مكان بعيد عنه وقد قبل القاضى منه ذلك ، ينطبق على ما تعرضت له المادة من تعيين ميعاد يلتزم به البائع لقبول الآخر . ولنا أن نقول إن فى الفقه الإسلامى ما يسمى اشتراط خيار الشرط . فإذا باع شخص واشترط المشترى لنفسه خيار الشرط مدة كذا فالأول قد التزم العقد والآخر ما زال يملك الفسخ وعدمه .

لانعدام الفورية ، وجمهور الفقهاء يعتبرون الإيجاب قائما إذا كان الفاصل لا يدل على إعراض الآخر وبعض المالكية يحكمون العرف فيما يعتبر إعراضا وله خيار القبول فى المجلس قبل القبول عند الأحناف دون غيرهم وبذا تجد أشدهم فى تضييق وقت القبول الشافعية وأكثرهم توسعا المالكية فالحنابلة فالأحناف والقانون المصرى الجديد اتجه وجهة الأحناف . فى عدم الفورية وعدم التزام الموجب بالإيجاب قبل القبول هذا ويتبين الآتى مما تقدم .

رجوع الموجب قبل القبول فى المجلس

٢٤٢ — رجوع الموجب قبل القبول: (١) إذا رجع الموجب فى إيجابه فى مجلس العقد قبل قبول الآخر . فإن هذا مبطل للإيجاب سواء رجع عنه صراحة أم دلالة . بأن أعرض عنه إلى حديث آخر لأنهما ماداما فى المجلس ، ولم يصدر من الآخر مايدل على القبول أو الرفض فالتزام صاحب الإيجاب لم يتلاق بقبول من الآخر ، ومن حقه أن يعدل عنه قبل أن يتعلق به حق الغير محافظة على حريته الأصلية فى تصرفاته ، ولأن حق الآخر لم يثبت بعد فالموجب برجوعه لم يبطل حق أحد ، والإيجاب لا يكون ملزما إلا اذا اتصل به القبول فى المجلس ، ولأنه إذا انصرف صاحب الإيجاب من المجلس قبل أن يصدر القبول . لارتفع الإيجاب فمادام هو يملك إنهاء المجلس ، ورفع

خيار الرجوع

الإيجاب فهو يملك الرجوع عنه ، ورفعه صراحة ويسميه الأحناف خيار الرجوع لكن الغالب فى الفقه المالكى أن الإيجاب ملزم لصاحبه حتى يلتقى به القبول فى المجلس فلا يحق للموجب أن يرجع عن إيجابه فى المجلس قبل القبول (١)

---

(١) راجع فتح القدير حـ ٥ ص ٧٨ «لأن الثابت للآخر بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذى أثبت له هـذه الولاية على أن يرفعها كعزل الوكيل . كما أن حق التملك لا يعارض حقيقة الملك ...» وراجع حاشية ابن عابدين حـ ٤ ص ٢١ « الإيجاب يبطل ما يدل على الإعراض وبرجوع الموجب عنه قبل القبول وكذا معه فلو رجع الموجب فى اللحظة التى صدر فيها القبول كان الرجوع أولى » وراجع البدائع حـ ٥ ص ١٣٤ « وله خيار الرجوع لأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر وهـذا لا يجوز » ، وراجع مواهب الجليل للحطاب حـ ٤ ص ٢٤١ « لو رجع الموجب قبل إجابة الآخر لم يفده هذا إذا قبل الآخر فى المجلس» .

وقد ظهر مما سبق أن القانون فى المادة ٩٤ مع الأحناف فى هذا .

تجزئة الإيجاب

٢٤٣ — **تجزئة الإيجاب أو القبول**: فلو كان عقد بيع مثلا وعرض البائع فى إيجابه بيع داره بألف ، وكان يبيع شيئاً واحداً لشخصين . فقبل المشترى نصف الدار فى الصورة الأولى بما يقابلها من الثمن ، أو قبل أحد المشتريين ، ولم يجب الآخر . فلا يتصل الإيجاب والقبول ، ولا يعقد بهذا الإيجاب والقبول عقد لما فيه من إلزام الشركة إذ لو لزم لكان البيع فى نصف المبيع لأحد المشتريين فى الصورة الثانية ويلزم من هذا وجود شركة فى المبيع فدخل عليه عيب الشركة من غير رضاه ، وفى الصورة الأولى تتجزأ عليه الصفقة ، وكذا لو كان صاحب الإيجاب هو المشترى وطلب أن يشترى عقارا مشتركا بين اثنين فباعه أحدهما دون الآخر فلا ينعقد العقد أيضا (١) .

انعدام أهلية الموجب قبل القبول

٢٤٤ — **خروج الموجب عن أهليته قبل القبول**: إذا صدر الإيجاب صحيحا ، وقد فهمه الآخر وسمعه . وقبل القبول أو الإعراض خرج الموجب عن أهلية التعاقد فى المجلس . بأن مات أو جن فإذا صدر القبول بعد ذلك فإنه لا يتصل بالإيجاب ولا ينعقد به عقد . إذ الإيجاب قد زال بزوال صاحبه لموته أو لفقده أهليته وقد قلنا إن الإيجاب معبر عن الإرادة الخفية والأساس فى التعاقد إنما هو الإرادة وهى هنا قد انعدمت بخروج صاحبها من أهليته ، وقد تم ذلك قبل اتصاله بالقبول وقبل انعقاد العقد فلا محل لهذا القبول عندهم إذ من الجائز لو بقى الموجب على طبيعته لرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر ، ولأنه يجب لتحقق ارتباط القبول بالإيجاب أن يفهم كل منهما عبارة الآخر ، وهنا قد تحقق عدم علم الموجب وفهمه عبارة القابل ، ولأنه قد اشترط لتحقق اتصال القبول بالإيجاب اتحاد المجلس ، وقلنا إن خروج أحدهما من غرفة إلى أخرى أو حدوث ما يدل على الإعراض منهى للمجلس . فذهاب حياة الموجب أو ذهاب عقله يكون منهيا له من باب أولى . هذا ما

---

(١) الفتح ج ٥ ص ٨٠ ، البدائع ج ٥ ص ١٣٦ / ١٣٧ .

أراه دليلا لما قاله الفقهاء . أما المادة ٩٢ من القانون «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة ، أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل »، وقد فرق شراح القانون بين الإيجاب الموجود فعلا والموجود قانونا ثم بين الإيجاب الملزم والإيجاب غير الملزم .

التعاقد بالتليفون

٢٤٥ — **التعاقد بالتليفون**: إذا تم الإيجاب بواسطة آلة التليفون . كانت المحادثة التليفونية نفسها مجلس عقد . وعلى ما أرى . أن الفقهاء في الواقع لم تكن نظرتهم لمجلس العقد بأنه ، نفس المكان الذى يجتمعان فيه ، وإنما يقصدون به أن يسمع كل منهما كلام الآخر من غير فارق زمني . فيأخذ العقد بين متحادثين فى «المسرة» ـ تبعا لما تقدم ـ حكم العقد بينهما فى مكان واحد . فيكون قياسا على ما يراه الأحناف أن يعتبر الإيجاب قائما طالما المحادثة التليفونية قائمة إلا إذا عاد الموجب فى إيجابه أو ظهر ما يدل على الإعراض.. وإن كان لم يرد نص فقهى بذلك. والقانون فى المادة ٩٤ «إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل . » واعتبره رجال القانون مجلس عقد حكميا . (١)

اتحاد المجلس لايشترط فى بعض العقود

٢٤٦ — **العقود التى لا يشترط فيها اتحاد المجلس** :هل إتصال القبول بالإيجاب فى مجلس واحد . شرط فى كل عقد ؟ هناك من العقود ما يحتاج إلى قبول ويستحيل أن يكون هذا القبول فى مجلس الإيجاب معتبرا ولابد لاعتباره واتصاله بالإيجاب من ظهوره فى غير مجلس العقد . كما فى عقد الوصية . فإن قبول الموصى له لايعتبر ولا أثر له إلا إذا صدر بعد موت الموصى مصرا على وصيته إذ لا يظهر أثر الوصية وتكون فى حاجة إلى قبول من الموصى له إلا بعد الوفاة .

---

(١) الوسيط ص ٢٢٤ .

وفى عقد الوكالة يجوز أن يكون قبول الوكيل فى غير مجلس العقد كما يجوز أن يكون فى مجلس العقد ، وكذا الإيصاء فإن التوكيل والإيصاء يصحان فى غيبة الوكيل والوصى المعين وإن تطلب تمام عقد الوكاله والإيصاء قبولهما فإنه يصح أن يكون هذا القبول فى غير مجلس العقد . وعلى كل فهذه غير عقود المعاوضات ، ولذا تجدهم يقولون إن الأساس لانعقاد هذه العقود ليس هو القبول وإنما هو تحقق عدم الرد .

مجلس العلم

٢٤٧ — **التعاقد بطريق الرسائل** : أما إذا كان التعاقد بين المتعاقدين بطريق الرسائل أو الرسول . فأرسل الموجب كتابا أو رسولا يبلغه فيه إيجابه فإن مجلس قراءة الرسالة أو علمه بما فيها أو تبليغ الرسول . هو المجلس الذى يعتبره الفقهاء مجلس التعاقد إذ فيه اتصل القبول بالإيجاب . ويسمى مجلس العلم ولا عبرة بمجلس الإرسال والكتابة ويعتبر تبليغ الرسول كتبليغ المرسل وكذا قراءة الرسالة . جاء فى الهداية(١) « الكتاب كالخطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة » وقالوا إن مجلس الإخبار يعتبر مجلس عقد وبمجرد تمام القبول تم العقد وانعقد . لكن القانون فى المادة ٩٧ « يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك » وتنص الفقرة الثانية على أنه « يفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول » وقد تكلم الدكتور السنهورى(٢) فى ذلك كثيرا وأبان المذاهب والآراء الواردة فى هذا الموضوع وقال أخيرا إن القانون الجديد لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسى من أن الإرادة لا تنتج أثرها فى الوقت الذى تتصل فيه بعلم من وجهت اليه . . وعلى كل فالمسألة كما يراها فقهاء الأحناف محل نظر .

فإذا بلغ الرسول الرسالة . فأعرض المرسل إليه أو حدث منه ما أنهى

---

(١) الهداية ج ٣ ص ١٧

(٢) الوسيط ص ٢٣٧ إلى ص ٢٤٩

المجلس ، ثم قبل فلا ينعقد العقد بهذا الإيجاب لانتهاء المجلس . لكن إذا بلّغ الرسول الإيجاب فقبل المرسل إليه. تم اتصال القبول بالإيجاب .. أما إذا بلغ الرسول الرسالة وترك المجلس قبل أن يجيب الآخر أو يظهر منه ما يدل على الإعراض ثم قبل المرسل إليه فإن القبول يكون قد اتصل بالإيجاب لأن مهمة الرسول ليست إبطال الإيجاب : وانما هى إنشاء العقد . وإذا كان التبليغ برسالة فالإيجاب قائم بقيام الرسالة . ولكن بعض الفقهاء يرون أن القبول يجب أن يكون فى مجلس القراءة فإذا قرأها ثم قام بعمل شىء آخر فلا بد ليتصل القبول بالإيجاب أن يعيد قراءتها لأن الإيجاب يبقى قائما بقيام الرسالة .

رجوع الموجب بعد الإرسال

٢٤٨ — رجوع المرسل عن إيجابه قبل علم الآخر :

وكذلك يصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذى كتبه وأرسله قبل بلوغه للآخر وقبوله سواء علم الآخر أم لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتصل القبول بالإيجاب لأن القابل لم يتعلق حقه بالايجاب إلا إذا اتصل به القبول كما بينا (١) من قبل رأى الأحناف .

ولنا أن نناقش الأحناف فى اعتبارهم مجلس العلم بالرسالة مجلس العقد ولو كانوا قالوا إن مجلس علم صاحب الإيجاب بالقبول هو الذى يعتبر مجلس عقد لكان أدق ولا نطبق مع ماقالوه من اتصال القبول بالإيجاب وأن يفهم كل منهما عبارة الآخر ويعيها وعلى ما نراه يكون للقابل الحق فى الرجوع عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول ولا ضير على الموجب فى هذا مادام لم يعلم بشىء من قبل .

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٧٩ ؟ البدائع جـ ٥ ص ١٣٨ ؟ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه جـ ٤ ص ١١

الفصل الثانى

صيغة العقد وإرادة العاقد وأثرهما

فى ظهور الحكم

صيغة العقد ما يظهر الإرادة الباطنة

٢٤٩ – **ما هي صيغة العقد**: قلنا إن جمهور الفقهاء يطلقون العقد على ما يتم به الارتباط بين إرادتين ينتج التزاما بينهما أو ما كان فيه ارتباط بين الإيجاب والقبول ارتباطا يظهر أثره الشرعى فى المعقود عليه ويرون أن العقد أخص من الالتزام كما تقدم، وقلنا إن الأساس فى العقود هو إرادة المتعاقدين فى الواقع ولما كانت الإرادة أمر خفى لا تعرف إلا بما يظهرها من لفظ أو ما يقوم مقامه مما يكون الإيجاب والقبول ويطلق عليه صيغة العقد وعلى ذلك يمكن أن نقول إن صيغة العقد هى ما يظهر الإرادة من لفظ أو مايقوم مقامه أو هى مجموع قول البائع بعت هذه السيارة مثلا بألف جنيه وقول المشتري قبلت، وقول الزوجة أو من ينوب عنها زوجتك نفسى — أو موكلتى — على صداق قدره كذا وقول الزوج قبلت وهكذا بالنسبة لسائر العقود.

الإرادة وحدها لا تصلح مناطا للحكم

٢٥٠ — **الإرادة الخفية لا تكون مناطا للأحكام إلا إذا أظهرتها الصيغة**:

وعلى هذا لو عزم شخص على الشراء أو الزواج أو طلاق زوجته أو أراد أن يقف جزءاً من ماله على جهة معينة، أو باع لآخر سلعة وعزم فى نفسه على أنه غير مسئول عن أى عيب بها، أو عزم على أنه لا يضمن للمشترى إذا ظهر أن المبيع يملكه شخص آخر غيره. وكان كل هذا مجرد عزم ورغبة من غير أن يظهر ذلك بصيغة تدل على مكنون نفسه فلا أثر لهذا العزم ولا يلتزم ولا يبرأ من شيء منه قضاء لأنه لا يمكن معرفة ما أراده فى نفسه فلا يمكن اعتبار هذا العزم عقدا يترتب عليه ظهور حكم فيه، وإنما كان لا بد

لوجود مايدل على هذه الإرادة وهذا العزم ويظهره خارج النفس ليكون أساس العقد ومرجع الحكم عليه فى الظاهر . فالإرادة وإن كانت أساس العقد فى الواقع إلا أن العبارة هى الدالة عليها والتى ينبنى عليها الحكم . وعلى

نظرة القانون

هذا درج القانون فى الفقرة الأولى من المادة (٩٠) التى تفيد « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود » وفى هذا يقول الأستاذ الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت (١) : « على أن الإرادة حتى لو اتجهت إلى إحداث أثر قانونى لا يمكن أن يعنى بها القانون مابقيت عزما منعقدا فى صاحبها وإنما هو يعنى بها متى برزت إلى العالم الخارجى وعلم بها غير صاحبها وهذا إنما يتحقق بالتعبير عنها » .

العبارة مناط الأحكام إن طابقت الإرادة

٢٥١ — مطابقة العبارة للإرادة : وما دامت العبارة أو ما يقوم مقامها هى أساس التعاقد فى الظاهر فلا بد أن تكون واضحة الدلالة فى لغة المتعاقدين وعرفهم قاطعة فى الرغبة فى تحقيق الالتزام دون شك أو احتمال أوعدة كأن تكون العبارة وعداً منه بالتزام أو مجرد مساومة فإذا أظهر إرادته وما عزم عليه بأداة من أدوات التعبير مطابقة للإرادة تمام المطابقة كانت هى مناطا للحكم لأنها الدليل الصادق على إرادة الوصول إليه . أما إذا اختلفت العبارة عن الإرادة ولم تطابقها تمام المطابقة فإن الأمر يختلف إذ نكون على حد التعبير القانونى بين نظريتى الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة أوكما يقول الفقهاء الأمور بمقاصدها لحديث إنما الأعمال بالنيات .

اللفظ

٢٥٢ - التعاقد بالكلام : قلنا إن الذى يدل على الإرداة ويظهرها هو اللفظ أو مايقوم مقامه . فاللفظ هو الأساس فى ترجمة الإرادة وإظهارها . إذ اللسان خلقه الله معبرا عن الجنان ، والعبارة هى الأصل فى كشف المقاصد

---

(١) راجع نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد « مصادر الالتزام » ص ٧٣

وإظهار الرغبات وهى الطريق الطبيعى للتفاهم بين الناس فى كل العصور والأزمان من يوم أن خلق الله الإنسان وعلمه البيان ولذا كان الأصل فى التعاقد هو عبارة المتعاقدين الدالة على إرادتهما دلالة واضحة، والصورة الناقلة لنا ما فى النفس.

لغة التعاقد الأحناف

٢٥٣ — لغة التعاقد : يتم العقد وينعقد بتلفظ طرفيه بالإيجاب والقبول بلغة التخاطب المفهومة لديهما مباشرة أو بالواسطة . الدالة على إرادة كل منهما دلالة واضحة . هذا هو الأصل بالنسبة للعبارة فى كل العقود والالتزامات . لا فرق بين عقد وآخر ولا بين عبارة وأخرى مادامت العبارة واضحة فى إظهار المقصود فيتم عقد البيع والإجارة والرهن والهبة والوديعة والعارية بأى لغة يفهمها المتعاقدان يستوى فى ذلك أى لفظ مادام يفى بالغرض ويعبر عن الإرادة غير أنهم فى عقد الزواج قالوا إنه يتم بأى لفظ يدل على الدوام ولا يفيد التأقيت أو الإباحة هكذا يقول الأحناف إذ العبرة عندهم بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى ولم يخالف فى ذلك أحد من أصحاب المذاهب الأخرى إلا فى عقد الزواج خاصة. فالشافعية والحنابلة وبعض الفقهاء المالكية يرون أن عقد الزواج فيه معنى التعبد وأوجبوا لانعقاده استعمال لفظى نكح ، وزوج وما يشتق منهما لمن يعرف اللغة العربية .أما بالنسبة لمن لا يعرف اللغة العربية فيتم العقد بالعبارة التى تؤدى الغرض المقصود وتنتج هذا المعنى.وعلى هذا فلا

أهل الحديث

ينعقد عقد الزواج عندهم بغير اللغة العربية بين من يعرفانها واستدلوا على وجهة نظرهم . بأن الزواج لم يذكر فى القرآن إلا بهذين اللفظين وما يشتق منهما[1].

يقول ابن قدامة لو قال زوجتك ابنتى فقال قد قبلت انعقد النكاح وقال الشافعى فى أحد قوليه لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح . . ثم يقول وينعقد بلفظ الإنكاح والتزويج سواء اتفقا من الجانبين أم اختلفا دون غيرهما وهو قول الشافعى وعند الآخرين ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك

---

(١) راجع مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٢٠ كشاف القناع ج ٣ ص ١٩ المغنى ج ٦ ص ٥٣٢ وما بعدها .

وفى لفظ الإجارة عن أبى حنيفة روايتان وقال مالك ينعقد بذلك إذا ذكر المهر . . ثم يقول ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها وهذا أحد قولى الشافعى وعند أبى حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص » ويرى الأحناف أن ما استدلوا به لا يصلح دليلا لأن الزواج ورد فى القرآن بغير هذين اللفظين وما يشتق منهما قال تعالى « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » فعبر عن الزواج بلفظ الهبة (١) . وأما قولهم إن عقد الزواج فيه معنى التعبد فإن التصدق والإعتاق أظهر فى التعبد من الزواج ولا خلاف فى جواز التصدق والإعتاق بأى لفظ يدل على الرغبة والإرادة . ولأن العبارة لم تكن إلا لإظهار هذه الإرادة وتصويرها ويتم هذا بأى لفظ وأى لغة مادام اللفظ قاطعاً فى الدلالة على المعنى المراد ومفهوما لدى المتعاقدين .

الإيجاب والقبول بالفعل الماضى

٢٥٤ — *ما يجب أن تكون عليه الصيغة*: وأدل لفظ على إنشاء العقد (٢) وتكوينه هو الفعل الماضى لأنه يكون قاطعا فى الدلالة على تمام الإرادة والرغبة لا مجرد الوعد ، وكذا ينعقد بالجملة الإسمية وحرف الجواب والمضارع والأمر إن أريد بهما الحال وانصرفا عن حدوث الشىء فى المستقبل فتقول بعت ، واشتريت ، كما تقول أنا بائع ، وبعنى وأبيعك إن كان فى الكلام ما يدل على إرادة البيع فى الحال لا فى الاستقبال وهكذا بالنسبة لسائر العقود ، غير أن بعض فقهاء الأحناف فى كتاباتهم يتجهون إلى عدم صلاحية فعل الأمر مطلقا فى عقود المعاوضات التى هى محل للمساومات وصلاحيته فى غيرها فيمنعون انعقاد عقود البيع والإجارة بلفظ بعنى

---

(١) والذى اختص به الرسول صلى الله عليه وسلم هو زواجها به من غير مهر راجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٧ والمغنى ج ٦ ص ٥٣٢ ، الفتح ج ٢ ص ٣٤٧ .

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٢٣ ، الدر المختار ج ٤ ص ١٠ وما بعدها و ج ٢ ص ٢٨٥ وما بعدها الفتح والعناية بهامشه ج ٥ ص ٧٤ ، ج ٢ ص ٣٤٥ وما بعدها المبسوط ج ١٢ ص ١٠٨ ، ١٠٩ المغنى ج ٣ ص ٥٦٠ .

وهكذا ولا يمنعون عقد الزواج بلفظ زوجيني . ويعللون ذلك بأنه غير قاطع فى الدلالة على إنشاء العقد وخصوصا أنها عقود تحتمل المساومات يقول صاحب المبسوط « ينعقد البيع بلفظين هما عبارة عن الماضى ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل لا ينعقد عندنا بخلاف النكاح والشافعى يسوى بينهما باعتبار أن كل واحد منهما عقد تمليك بعوض من الجانبين — والفرق عندنا أن الزواج يتقدمه خطبة عادة أما البيع فيقع بغتة . ولأن قول الرجل لها زوجيني نفسك . تفويض منه لها فيجعل قولها زوجت عقدا تاما لأن كلام الواحد يصلح للعقد من الجانبين فى النكاح إذا كان مأموراً به وفى البيع لا يتأتى (١) . من هذا نستطيع أن نقول إن المناط هو وضوح القصد وكون العبارة واضحة قاطعة الدلالة على الرغبة فى إنشاء العقد .

٢٥٥ — **التعاقد بالكتابة**: ويجوز التعاقد بالكتابة لأنها السبيل الثانى الذى يقطع فى الدلالة على الإرادة. فهى تصلح أداة للتعاقد سواء أكان المتعاقدان يقدران على التلفظ أم يعجزان معا ، أم أحدهما ، وسواء أكانا فى مجلس واحد أم كان التعاقد بين حاضر وغائب مادامت الكتابة واضحة مفهومة مستبينة وسواء فى ذلك أى لغة يكتبون بها مادام يفهمها المتعاقدان، وقالوا إن العقود جميعها فى ذلك سواء ولم يستثنوا منها سوى عقد الزواج فلم يجيزوه بالكتابة عند التمكن من التلفظ لاشتراط الإشهاد زيادة فى الاحتياط لخطر مايترتب عليه من آثار قوية تتعلق بالأعراض والأنساب ، ولتحقق العلانية (٢) . التعاقد بالكتابة

يقول ابن عابدين « فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد وكذا لو قالت قبلت . بخلاف ما إذا كانت فى جهة أخرى فكتب لها بالإيجاب فأحضرت شاهدين وقرأته عليهما وقالت إن فلانا كتب إلى يخطبنى فاشهدا أنى زوجت نفسى منه ، فإن العقد يصح .

---

(١) وسيأتى بيان هذا فى الفصل الآتى

(٢) الدر المختار جـ ٢ ص ٢٨٧

التعاقد بالإشارة ٢٥٦ — **العاقد بالإشارة**: إذا كان المتعاقد لا يستطيع النطق لأنه أخرس فيصح أن يتم التعاقد بينهما بالإشارة المعهودة التي اعتاد الناس فهمها منه على تعبيره عن هذه الإرادة لأنها أداة تفهيم بالنسبة له وفي البدائع(١) «والنطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة لأنها تقوم مقام العبارة هذا إذا ولد أخرس أما إذا طرأ عليه الخرس فلا تعتبر إشارته في التعاقد إلا إذا دام الخرس حتى وقع اليأس من كلامه، أما بالنسبة لمن يستطيع التلفظ فقالوا إن العقد لا ينعقد بالإشارة لأنها مهما قويت دلالتها فهي لا تفيد اليقين الذي ينتج من التلفظ أو الكتابة.

والفقه المالكي(٢) يعتبر الإشارة أداة للتعاقد حتى بالنسبة لغير الأخرس مادامت مفهومة بين الناس متعارف بينهم على مدلولها وناقشوا الأحناف خاصة لأنهم أجازوا التعاقد بالأفعال وقالوا إن التعاقد بالإشارة أولى من التعاقد بالأفعال لأن الإشارة يطلق عليها أنها كلام قال تعالى «قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً»، كما روى عن مالك أن عقد الحوالة يصح بالإشارة ولو من الناطق (٣) ويفهم هذا من الفقه الحنبلي أيضا إذ يقول ابن قدامة(٤) عند كلامه عن تعليل صحة العقود «ولأن الإيجاب والقبول إنما يلزمان للدلالة على التراضي فإذا وجد مايدل عليه قام مقامهما وأجزأ عنهما.»

ومع هذا فنستطيع أن نقول إن الأساس في العقود هو تحقق الإرادة والرغبة، وما اللفظ أو مايقوم مقامه إلا أداة لإظهار هذه الإرادة فإذا كان هذا هو الأساس في نظرية الفقه الإسلامي بالنسبة لصيغة التعاقد. فالمانع من

---

(١) جـ ٥ ص ١٣٥ وراجع أيضا ابن عابدين جـ ٤ ص ١٠ وراجع المغنى جـ٦ ص ٥٣٤

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٢٩

(٣) الإلتزامات وما يتعلق بها من أحكام في الفقه الإسلامي للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد ابرهيم «بك»

(٤) المغنى جـ ٣ ص ٥٦٢

اعتبار الإشارة المتعارف بين الناس جميعا على مدلوها وانعقاد العقد بها حتى بالنسبة لمن ينطق ومن يكتب فيما تعارف الناس على التساهل فيه ويتداولونه فى كل وقت . والأصح فى أقوال الفقهاء أن إشارة الأخرس لا تعتبر ولا يترتب عليها أى أثر فى غير التافه من الأمور ما دام يعرف الكتابة لأنها أكثر وضوحا فى التعبير وأصدق على إظهار مكنون النفس ، والمحاكم الشرعية اتجهت إلى هذا فنصت المادة ١٢٨ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ « إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة ، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة » ومع كل هذا فالفقهاء جميعاً على أن دلالة التصريح أقوى من الدلالة الضمنية .وعلى هذا درج شراح القانون عند شرح المادة ٩٠ والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا . . » فلم تقيدها المـــادة بالخرس وقال شراح القانون (١) التعبير لا يخضع كقاعدة لشكل ما ، فيستطيع المتعاقد أن يعبر عن إرادته بما يروقه إلا إذا قضى القانون أو الاتفاق بغير ذلك ــ فكل ما يعنى به القانون هو أن تبرز الإشارة إلى العالم الخارجى بصرف النظر عن الأداة التى يقع بها التعبير فيستوى أن يكون التعبير صريحا (expresse) أو ضمنيا (tacite) إلا حيث يتطلب القانون التعبير الصحيح » .

التعاقد بالأفعال «عقود المعاطاة»

٢٥٧ — **التعاقد بالأفعال :** (٢) كأن يعرض تاجر بضاعته ويحدد ثمنها ، فتأخذ شيئا وتدفع ثمنه المحدد . أو تركب تراما أو سيارة وتدفع الأجر للعامل ، وكأن تأخذ الصحيفة من البائع وتعطيه الثمن . والفقه الإسلامى فى ذلك بين

---

(١) مصادر الالتزام فى القانون المدنى الجديد ص ٧٤ للدكتور حشمت ابو ستيت راجع أيضا الوسيط للدكتور السنهورى فقد أفاض فى ذلك من ص ٢٧٩

(٢) فى الفتح والعناية حـ ٥ ص ٧٧ « ولأن المعتبر هو المعنى . ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس وهو الصحيح لتحقق المقصود وهو التراضى » .

الشافعية — مانع وموسع فالشافعية فى أصل مذهبهم لا يعترفون بانعقاد العقد بالتعاطى لعدم وضوح الأفعال فى الدلالة على الإرادة عدا التافه من الأمور كبيع الجريدة والرغيف .

والأحناف والمالكية والحنابلة — الأحناف والمالكية والحنابلة : يجيزون التعاقد بالتعاطى مادام موضوع العقد قد تعورف بين الناس التعاقد عليه بالتعاطى سواء فى ذلك النفيس من العروض والتافه ، وسواء فى ذلك البيع والإعارة والهبة والرجعة وفى المغنى(١) « بيع المعاطاة نص عليه أحمد وقال مالك يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا وبعض الأحناف يجيزونه فى خسائس الأشياء والشافعى لا يجيزه » يقول ابن قدامة مستدلا على وجهة نظر الأئمة الثلاثة « إن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع إلى العرف ، وقد تبايع الناس بالمعاطاة فى كل العصور ولم ينكره أحد من قبل وكذلك الحكم فى الإيجاب والقبول فى الهبة والهدية والصدقة » ومع هذا فقال ابن تيمية فى كتابه إن أصل مذهب مالك وأحمد بن حنبل جواز التعاقد بالتعاطى مطلقا سواء جرى العرف أو لم يجر مادام الفعل يقطع فى إظهار إرادة المتعاقدين إذ الأساس هو تحقق الإرادة ، وباعتبارها أمراً خفيا احتاجت إلى ما يظهرها فى الخارج ، فاعتبر كل ما يظهرها أساسا سواء فى ذلك اللفظ أم الكتابة أم الإشارة أم الأفعال .

ومع هذا فقد اتفق جميع الفقهاء على عدم جواز عقد الزواج بالأفعال كأن تقول المرأة للرجل زوجتك نفسى بماية جنيه أمام الشهود فيدفع لها المهر دون أن يتكلم(٢) لما يجب فيه من الاحتياط لخطره وعظم أثره وفوق ذلك فكرامة المرأة تأباه ، ولأن الأصل فى الاتصال الجنسى التحريم . بعكس السلع والعروض فالأصل فيها الإباحة . والخروج من التحريم إلى الإباحة يحتاط فيه أكثر من غيره وبالتالى يصح العقد لو كانت المعاطاة من جانب واحد .

---

(١) حـ ٣ ص ٥٦١ ، ٥٦٢ .

(٢) ابن عابدين حـ ٢ ٢٨٧ واعتبر بعض الفقهاء هذا قبولا منه ينعقد به العقد وراجع الفتح حـ ٢ ص ٣٥٠ .

هـذا وقد علمت رأى القانون من قبل وأنه يجيز التعبير عن الإرادة بتعبير صريح باللفظ أو الكتابة أو الإشارة كما يصح بالتعبير الضمنى ويقول الدكتور السنهورى (١) عند التعليق على المادة ٩٠ من القانون : « فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور، ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيا .. مثل أن يتصرف شخص فى شىء ليس له ، ولكن عرض عليه أن يشتريه . فذلك دليل على أنه قبل الشراء .. الخ »

تأكيد العقد بأكثر من أداة

٢٥٨ — **إظهار الإرادة بالعبارة وتأكيدها بالكتابة** : وعلى كل فهذه درجات إظهار الإرادة فى الخارج أو هذا ماتتكون منه صيغة العقد فهى إما أن تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الأفعال . وقد يريد المتعاقد أن يؤكد رغبته بكتابة العقد بعد انعقاده باللفظ أو الإشارة أو الفعل فالفقه لايمنع ذلك لأنه فوق مافيه من تأكيد التعاقدفإنه يفيد فى التذكرة والإثبات عند الحاجة ، ولا يكون المقصود حينئذ بكتابة العقد هو إنشاؤه وإنما لمجرد التذكرة والإثبات ، وقد حبب الله ذلك إلى الناس فى معاملاتهم « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذى عليه الحق سفيها

---

(٢) الوسيط ١٧٦ وراجع ٢٢٠ و ٢٢١ ، وكذا ما كتبه الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٧٦ وما بعدها من نظرية الالتزام هل مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولا وينعقد به العقد . ويقول الدكتور السنهورى « إن السكوت فى ذاته مجرداً عن أى ظرف ملابس له لا يكون تعبيرا عن الإرادة ولو قبولا إذ الإرادة عمل إيجابى والسكوت شىء سلبى .فالسكوت لا يكون تعبيراً ضمنياً إذ التعبير الضمنى يستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها . أما السكوت فعدم وأولى بالعدم أن يكون دلالته الرفض لا القبول وهو بهذا يوافق نظرية فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يقولون « لا ينسب لساكت قول » وهو قد يعتبر فى بعض مسائل كأن يزوج الولى البكروهى حاضرة فتسكت يقول وفى الوصية فإن سكوت الموصى له بعد موت الموصى عن القبول أو الرد حتى مات اعتبر السكوت قبولا — صاحب الدر المختار جـ ٢ ص ٣٢٦ والسكوت كالنطق فى سبع وثلاثين مسئلة .

أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل ، واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا مادعوا ولا تسئموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد » .

ويقول الدكتور السنهوري في هذا وأى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة مع مراعاة أن هناك عقودا شكلية(١) سبقت الإشارة اليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهرا خاصا في شكل معين ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ولكن الكتابة في هذه الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن الإرادة بل طريقا لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها .

إختلاف العبارة عن الإرادة

٢٥٩ — عدم مطابقة العبارة للإرادة تمام المطابقة : وأيا ماكان فهذا ما نكتفي به في بيان صيغة العقد باعتبارها مناطا للحكم إن وافقت الإرادة

---

(١) تنقسم العقود في القانون إلى : ١ — عقود رضائية Contrat-consensuel وهو الثمن الذي يتم بمجرد تراضي طرفيه وأصبحت الرضائية في العقود هي القاعدة في القانون الحديث ٢ — عقود شكلية Contrat-solennel وهي العقود التي لابد لتمامها غير تراضي طرفيها من شكل مخصوص يحدده القانون مثل ما يشترط فيه التعبير أمام الموثق عن الإرادة عند الهبة والرهن الرسمي . والغاية من الشكلية هي في الغالب حماية المتعاقد من نفسه وتنبيهه إلى خطورة ما هو مقدم عليه . ومع كل هذا فالشكل ليس إلا مظهرا من مظاهر التعبير عن الإرادة لا يمكن أن يغني عنها بحيث إذا انعدمت الإرادة أو شابها عيب فإن العقد الشكلي يقع باطلا أو قابلا للابطال بخلاف الشكلية في القانون الروماني فإنها هي التي تكون العقد لا الإرادة ٣ — عقود عينية Contrat-réel وهي ما يجب لتمامها فضلا عن تراضي طرفيها تسليم العين المعقود عليها هذا وقد عرفت أن العقد في الفقه الإسلامي يتم بمجرد توافق الإرادتين . ومع هذا فهناك عقود لابد فيها من الإشهاد كعقد الزواج ، والطلاق عند من يرى ذلك . وهناك عقود يتوقف تمامها على التسليم كالهبة .

وطابقتها أما إذا اختلفت الصيغة عن الإرادة وقامت القرينة القاطعة على هذا فهل يتبع الحكم الإرادة مع أنها أمر خفى أم ينبنى على العبارة الظاهرة مع أن القرينة تفيد أن الشخص لم يرد ما أظهرته العبارة وإنما قدصدرت منه هذه العبارة بغير قصد كعبارة المجنون والصبى ومن فى حكمهما وكعبارة من يردد كلام غيره من غير أن يقصد معناه. أو تكون قد صدرت منه العبارة مع فهم مدلولها تحت ضغط وإكراه أو لمجرد التظاهر أمام الناس دون إرادة للعقد أو لم يكن لا هذا ولا ذاك وإنما كانت الألفاظ التى استعملها فى عبارته لاتنبىء عن الإرادة لأنها وضعت فى اللغة لتفيد شيئاً آخر أو كانت العبارة تنبىء عن الإرادة ويفهمها وأصدرها من غير إكراه أوتفاخر وإنما قصد من وراء ذلك الوصول إلى شىء محظور شرعاً وقصد بهذا التحايل للوصول إلى المحرم عن طريق عقد مشروع وإليك تفصيل كل هذا .

تفيد الإلتزام من غير قصد أو دون اعتبارها تفيد التزاما

٢٦٠ — أولا : تفيد العبارة التزاما وتقترن بما يدل على صدورها دون قصد اعتبارها دالة على إنشاء التزام فتكون العبارة هنا لاغية لا أثر لها ولا ينعقد بها عقد لأنه وإن كان مناط الأحكام فى الظاهر هى العبارة إلا أن أساس التعاقد هو الإرادة وما كان للعبارة أى اعتبار إلا لأنها تترجم الإرادة وتظهرها . فإذا ثبت أن العبارة لا تمثل إرادة كان لا قيمة لها البتة لأن المعبر بها إما (١) أنه لا يقصد العبارة مطلقا (٢) أو يقصدها لا باعتبارها منشئة لالتزام ، وسنتناول القسمين بشىء من التفصيل :

(١) لايقصد العبارة مطلقا

٢٦١ — لا يقصد الشخص العبارة مطلقا: ومن ذلك عبارة المجنون والمغمى عليه والنائم والصبى غير المميز (١) فإن عبارة هؤلاء لاتفيد أى التزام . لأنها لا تعبر عن إرادة معتبرة فليس لأحد من هؤلاء رأى سليم أو إرادة تنشىء عقدا ويترتب عليه حكمه الشرعى . وإن كانت عبارة كل منهم فى ظاهرها

(١) الفتح حـ ٣ ص ٣٨ .

صحيحة سليمة الصياغة تصلح لأن تكون إيجابا أوقبولا أو بمعنى آخر تصلح لأن تكون أداة للتعاقد .

السكران. رأى الحنابلة ومن وافقوهم

٢٦٢ — **السكران**: ومن هذه عبارة السكران. لأنه لا يعى ما يقول، وإرادته وهو سكران منعدمة فلا عبرة لعبارته المنشئة التزاما لأنها لا تعبر عن إرادة صحيحة ، والسكر قرينة ذلك . فهو حين التلفظ بالألفاظ أو حين إتيانه ما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو غيرها كان مغلوبا على أمره مسلوب الإرادة يستوى فى ذلك كل العقود فلا يلزم بيعه ولا هبته ولا يقع طلاقه ، ولا أى عقد أو التزام يجريه ويلتزم به وهو سكران . وهذا ما ذهب إليه الإمام أحمد ابن حنبل (١) ، وبعض الفقهاء من المذاهب الأخرى ، يقول ابن قدامة فى السكران روايات قيل يقع وقيل لا يقع وفى رواية توقف عن الإجابة لتعارض الأدلة . فيقع عند مالك والشافعى فى أحد قوليه ، وأبى حنيفة وصاحبيه وكثير من الفقهاء الأئمة — ولا يقع وهو رأى عثمان رضى الله عنه ومذهب محمد ابن عبد العزيز والليث ، يقول ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان ولا يعلم أن أحدا من الصحابة خالفه . وقال أحمد بذلك لأن السكران زائل العقل أشبه بالمجنون والنائم ولأنه مفقود الإرادة فأشبه المكره . . . » . ثم يقول والحكم فى عتقه ونذره وبيعه وشرائه وإقدامه كالحكم فى طلاقه لأن المعنى فى الجميع واحد، وبه أخذت المحاكم الشرعية فى المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ التى تنص على أنه لا يقع طلاق السكران والمكره .

جمهور الفقهاء

غير أن جمهور الفقهاء قد (٢) استثنوا عبارة السكران ورأوا مؤاخذته بها زجرا له وردعا لغيره، ورتبوا على عبارته وهو سكران الآثار التى تترتب عليها وجعلوها ملزمة والعقد معها نافذا معتبرا . سواء فى ذلك عقود البيع

---

(١) راجع المغنى حـ ٧ ص ١١٤ إلى ١١٦ .

(٢) الفتح والعناية حـ ٣ ص ٤٠ . وراجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٠ والأشباه للسيوطى ص ١٤١ .

والإجارة والرهن والزواج وغيرها من سائر الالتزامات ، وتكلم الفقهاء في ذلك كثيرا ومنهم من فرق بين السكر بمحرم وألزموه بآثار عبارته عقابا له على سكره ، وبين تغيب عقله بغير محرم كالواقع تحت تأثير البنج أو ما شابه ذلك فلا يلتزم بأي شيء ينتج عن عبارته وهو في غير وعيه وطبيعته وقد اختار زفر وكثير من الفقهاء عدم وقوع طلاق السكران (١) .

تحبيذ الرأي الأول

ولعل ما ذهب إليه الإمام أحمد بن حنبل وغيره ممن وافقوه رأي سديد. لأن من يلزم السكران بعبارته إنما يعلل ذلك بمعاقبته زجرا له وردعا لغيره مع اعترافهم بأن السكران حينما باشر ما يلزمونه به لم تكن له إرادة صحيحة. مع أن الله سبحانه وتعالى قد وضع عقوبة للسكران وحددها وليس منها إلزامه بعقوده ، وإنما نص على عقوبته في الدنيا. وينتظره الجزاء في الآخرة ، وفوق ذلك فهو فاقد الإرادة والاختيار .

المخطىء والناسي رأي الشافعية

٢٦٣ — **المخطىء والناسي** : فإذا أراد إنسان التكلم بشيء فسبق لسانه إلى لفظ آخر يترتب عليه إلزام ، أو نسي ونطق بلفظ يترتب عليه إلزام بأن قال لامرأته أثناء الحديث . أنت طالق خطأ أو نسيانا ، أو قال لعبده أنت حر خطأ أو نسياناً ، أو كان مع شخص يعرض عليه سلعة وقال له بعتك هذه السلعة بمبلغ كذا فأراد أن يرفض فأخطأ وقال قبلت فالشافعي يرى أن عبارته غير ملزمة لأن المخطىء أو الناسي حينما أحدث ما يدل على الالتزام من عبارة أو غيرها ما كان يقصد ذلك ولا يرغب فيه فقد انعدم القصد والرضاء ولقول الله تعالى «ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم» وعلى هذا أحمد بن حنبل (٢) وبذا تجدهما ينظران ناحية الإرادة الباطنة في هذه المسألة.

رأي الأحناف

لكن الأحناف يرون عكس ذلك (٣) ويذهبون إلى جهة الإرادة الظاهرة هنا ويرتبون الحكم على العبارة الصادرة فيلزمون المخطىء والناسي بعبارتهما

(١) فتح القدير حـ ٣ ص ٤٠ .

(٢) المغني حـ٧ ص ١١٨ فهو يستدل على عدم وقوع طلاق المكره بحديث : « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

(٣) راجع الأشباه للسيوطي ص ١٢٥ ، الفتح حـ ٣ ص ٤٥ .

أمام القضاء. إذ الحقيقة يعلمها الله ونحن لنا الظاهر والله يتولى السرائر لأن الخطأ والنسيان أمر باطنى لادليل عليه فى الخارج ولاقرينة . بل صدور العبارة منه وهو بتمام عقله ورشده قرينة القصد الصحيح ، والقول بغير ذلك يترتب عليه ضياع حقوق الناس إذ يدعى كل شخص يريد التخلص مما التزم به أنه لم يقصد الالتزام وإنما صدر منه خطأ أونسيانا . هذا وإن كان لمايقوله الأحناف من وجاهة الرأى ماله غير أننا نرى أن الاحتكام إلى القرينة القاطعة فيه عدل ورحمة فإذا كانت الشواهد كلها وموضوع الحديث الصادر منه يدل على عكس ما تلفظ به ألا يكون هذا دليلا ظاهرا عل الإرادة الباطنة فيبنى الحكم على أساس ذلك ومع هذا فإننا لانبعد كثيرا عن مراعاة الشكل لأننا نحتكم إليه فى القرينة التى تدل على الخطأ أو النسيان لمعرفة حقيقة الإرادة التى هى الأساس الفعلى للتعاقد والالتزام .

ب
يقصد العبارة لاباعتبارها منشئة لعقد

٢٦٤ **يقصد العبارة من غير فهم أو قصد لمدلولها** وذلك كمن لقن إنسانا عبارة بلغة لايفهمها فنطق بها وكانت هذه العبارة تنتج إيجاباً ، وقابلها الآخر بقبول من عنده أو كانت العبارة تفيد التزاما من جانب الملقن . فإنه لا أثر لهذا ولا ينعقد عقد بينهما لأن الإيجاب غير معتبر ولا يقصد صاحبه التلفظ به باعتباره منتجا لإيجاب . غير أن بعض الأحناف يرون أنها تلزم صاحبها إن كان الموضوع طلاقا أو إعتاقا أو زواجا إستنادا إلى حديث (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة) . « جاء فى الفتح[1] لو لقنت امرأة . زوجت نفسى بالعربية ، ولا تعلم معناها ، وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أو لايعلمون صح كالطلاق، وقيل لا كالبيع . . ومثل هذا فى جانب الرجل إذا لقن ولا يعلم معناه . . . » ولكن هذا غير مستساغ لأن هذه الألفاظ لم يقصد بها شىء معين ، وإنما هى ترديد لكلام فلم يتحقق فيه لا اختيار ولا رضاء ولذا تجد كثيرا من فقهاء الأحناف نصوصهم على عدم صحة شىء من ذلك . ومن هذا القبيل أيضا أن تصدر العبارة من

---

(١) فتح القدير ح ٢ ص ٣٤٩ .

صاحبها مع قصد التلفظ بها فقط وفهمها ولكن لا لينشيء بها عقدا ولكنه يرددها لحفظها أو لتعليمها للغير أو كان قراءة لمكتوب فإنها لا اعتبار لها ولا ينعقد بها عقد وقالوا : (١) «كتبت امرأة أنت طالق . ثم قالت لزوجها اقرأها علي . فقرأ لا تطلق ما لم يقصد خطابها» وروى ابن تيمية أن امرأة طلبت من زوجها أن يسميها خلية طالق فقال . فأنت خلية طالق فذهبت لعمر بن الخطاب وقصت عليه ما حدث فجاء زوجها فقص عليه فقال له عمر خذ زوجتك واذهب .

يظاهر بإنشاء العقد دون رغبة فيه

٣٦٥ — **التظاهر بإنشاء العقد دون الرغبة في حقيقته** : إذا صدرت العبارة من صاحبها مع القصد إليها والتظاهر بإنشاء عقد ، ولكنه في الحقيقة لا يريد العقد ولا يرغب في الالتزام وهذا إما أن يكون (١) بقصد صاحب العبارة واختياره ولكن قصد به التظاهر والمفاخرة أو الاستهزاء والهزل (٢) أو أن تصدر العبارة منه من غير رغبته ولكنه أكره عليها وسنتناول ذلك بشيء من الإيضاح .

عقد الهازل والمتظاهر — مذهب جمهور الفقهاء

٣٦٦ — **عبارة الهازل والمتظاهر** : إذا صدرت العبارة بقصد صاحبها واختياره لا لينشيء بها عقداً ولكن بقصد الهزل[٢] أو التظاهر أو أي شيء آخر فإذا تعاقد اثنان على شيء ووجدت القرائن الدالة على أنهما لا يقصدان بالعقد الوصول إلى أثره المترتب عليه شرعا ولكنهما يقصدان بهذا مجرد الهزل أو التظاهر أو التفاخر . فجمهور فقهاء المالكية ومذهب أحمد بن حنبل يرون أن هذه العبارة تكون لاغية لا يترتب عليها أثر واستثنوا العقود الخمسة التي استثناها الشارع لأن فيها حق الله تعالى والتي ورد فيها الحديث (ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة) وفي رواية والعتاق بدل الرجعة . وفي رواية أخرى واليمين بدل الرجعة

(١) ص ١٨٦ الأشباه والنظائر لابن نجيم .

(٢) فتاوى ابن تيمية حـ ٣ ص ٤٦ وابن عابدين حـ ٤ ص ٨/٧ الهزل في اللغة اللعب وفي الاصطلاح الفقهي أن يراد بالشيء ما لم يوضع له ولا ما صح له اللفظ استعارة . والهازل يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه ، لكن لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه . ويشترط الأحناف أن يتقدم الهزل دليله أي أن يتفقا قبل العقد على أن ما يتفقان عليه هو هزل ولا يكتفون لتحقق الهزل بمجرد دلالة الحالة كما اكتفى بذلك الحنابلة .

وعللوا إلغاء عبارة المتعاقد فى غير هـذه العقود المستثناة ، بأن الدليل قد قام بين المتعاقدين قبل العقد على عدم إرادة هذا الالتزام، فالإرادة تكون منعدمة قبل التلفظ بالعبارة ، وما دامت الإرادة منعدمة من قبل التعاقد ، فلا أثر لهذا العقد لأن أساس التعاقد فى الحقيقة هى الإرادة، وقد انعدمت، فالعبارة تكون لغوا لأنها جعلت لتدل على الإرادة، والقرينة قامت على انعدامها والأحناف[1] أيضا على أن عقد الهـازل غير صحيح فيما عـــدا الحقوق الخمسة المذكورة .

لـكن بعض فقهـاء المالـكية يعممون إلغاء اعتبار عبارة الهازل ومن فى

---

(١) فتح القدير حـ ٢ ص ٣٤٨ فى كتاب النكاح « أما الهازل فريد لمعنى اللفظ غير مريد لحـكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحـكم » وفى حـ ٥ ص٧٦ «لافرق بين بعته وأبيع فى توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا » وفى حاشية ابن عابدين على الدر المختار حـ٤ ص ٨ «فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع أى توافقا على أنهما يتكلمان بلفظ البيع عنـد الناس ولا يريدانه ولم يرفعا الهزل ولم يرجعاعنه فالبيع منعقد لصدوره من أهله فى محله لـكن يفسد البيع لعدم الرضا بحكمه . فصار كالبيع بخيار الشرط أبدا . لـكنه لا يملك بالقبض لعدم الرضا بالحكم مع أن الفاسد حكمه أن يملك بالقبض لوجود الاختيـار والرضا بالحـكم » . . ثم ينتقد ماقاله صاحب الدر المختار — ولم ينعقد مع الهزل لعدم الرضا — فقال هذا غير صحيح لمنافاته لما تقدم من أنه صدر من أهله فى محله لـكنه فاسد لعـدم تحقق الرضا بالحـكم وتأول لصاحب الدر فقال ولعله يقصد نفى الانعقاد الصحيح لا أصل الانعقاد — ثم ينقل لنا عن الخانية والقنية أن بيع الهازل باطل وأن الفقهاء كثيرا مايطلقون الفاسد على الباطل . . ثم ينتقد ذلك بقوله لـكن يرد على بطلانه أنهما لو أجازاه جاز مع أن العقد الباطل لاتلحقه الإجازة لأنه لم ينعقد أصلا بخلاف الفاسد فإن الإجازه تلحقه إذ هو منعقد بأصله لا بوصفه ، وهذا منعقد بأصله ولذلك أجاب بعض العلماء فقالوا يحمل مافى الخانية على أن المراد بالبطـلان الفساد كما فى حاشية الحموى . . ثم يقول وهذا أولى لموافقته لما فى كتب الأصول من أنه فاسد .

ولعل الذى أثار كل هذا الجدل كون العقد الفاسد يملك بالقبض وقد نص على أن عقـد الهازل لا يملك بالقبض . فكان هذا سببا فى اتجاه بعض الفقهاء إلى أنه عقد باطل ولـكن صاحب الأشباه يقول : إذا قبض المشترى السلعة المبيعة بيعاً فاسدا تملـكها إلا فى ثلاث مسائل . الأولى : لا يملـكه فى بيع الهـازل كما فى كتب الأصل ، الثـانية : لو كان مقبوضا فى يد المشترى أمانة لا يملك به ، الثالثة : لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغير أو باعه له كذلك بيعا فاسدا لا يملـكه بالقبض حتى يستعمله » وبهذا يكون بيع الهازل فاسدا فلو ارتفع سبب الفساد فيه فعدل الهازل عن هزله صح العقد ونفذ بلا حاجة إلى تجديده ولو كان باطلا ما انقلب صحيحا .

حكمه فى جميع العقود على السواء ولا يستثنون منها شيئا فزواج الهازل(١) وطلاقه وعتاقه وبيعه وهبته وإجارته وسائر عقوده لاغية سواء أكان فيها حق الله أم حق العباد إذا ثبت بالدليل لأنه يكون مجرد لفظ من غير وجود نية وهو رواية عن أحمد وبعض الفقهاء وقالوا إن الحديث منقطع الإسناد. والمذهب الشافعى يتجه نحو الإرادة الظاهرة فى جميع العقود فيرتب على عبارة المتعاقدين الحكم الشرعى بمجرد صدور عبارتهما وتوافر أركانها وشروطها من غير نظر إلى إرادتهما الباطنة . ولا عبرة عندهم بالدليل القائم على عدم رغبة المتعاقد فى الحكم المترتب على عبارته . وعللوا مسلكهم هذا . ومناقضتهم لأنفسهم فى عبارة المخطىء . بأن صاحب العبارة قد قصدها وهو أهل للاختيار، ولا اعتبار لما تواطىء عليه من تجريدهما للعبارة عن معناها ومدلولها. بخلاف المخطىء فإنه قد قصد العبارة خطأ وقالوا إنه بهذا يستقر التعامل بين الناس والعقود كلها عندهم فى ذلك سواء فى أنها تصح وتنعقد ويترتب عليها أثرها من البيع والزواج والإجارة والطلاق وغير ذلك . . ومن قبيل التظاهر بإنشاء العقد دون إرادته والرغبة فيه(٢) الأمثلة الآتية .

بيع التلجئة

٢٦٧ — بيع التلجئة : وهو بأن يتواطء اثنان على التظاهر بإحداث عقد من غير أن يكون لذلك حقيقة بينهما وإنما يقصدان بذلك التخلص من شخص ظالم له بطش وسلطان على المالك الذى تظاهر بالبيع ليتخلص من سلطانه وبطشه فى استخدام هذه العين المتظاهر ببيعها، يقول ابن قدامة(٣) (ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطىء رجلا على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمى بذلك . ولا يريدان بيعا حقيقيا) وكذا لو كانا يقصدان بتظاهرهما بهذا البيع مجرد اكتساب الشهرة لأحدهما فإن البيع صحيح ونافذ وتنتقل ملكية المبيع إلى المشترى ولا عبرة بما كان بينهما سرا عند الشافعى لكن فقهاء المذاهب الأخرى يحكمون على أساس

(١) راجع المغنى ومنح الجليل : طلاق الهازل .

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٤٥ ومابعدها .

(٣) المغنى ج ٤ ص ٢١٤

إرادتهما الباطنة ولا اعتبار بالعبارة الظاهرة ما دامت الإرادة الباطنة تثبت بالدليل، وهكذا فى سائر العقود الصورية مع ملاحظة مايقال بالنسبة للعقود الخمسة المستثناة .

الزيادة فى المهر جهرا

٢٦٨ — إعلان زيادة حقيقية المهر للتفاخر : فإذا تزوج شخص بفتاة واتفقا فيما بينهما على أن الصداق ماية جنيه مثلا وأعلنا للناس فى حفل الزواج أن الصداق مائتا جنيه للتظاهر والمفاخرة[1] فإن الحكم عند التنازع هو ماتقدم . الشافعى يحكم بظاهر العقد ولاعبرة بما اتفقا عليه ، ويحكم الآخرون بصحة عقد الزواج أيضا إلا أنهم فيما يختص بالمهر فإنهم يلزمون الزوجين بما انعقدت عليه إرادتيهما ما دام يقوم الدليل عليها ولا عبرة بما تظاهرا به وأعلناه وعلى كل فعقد الزواج نفسه صحيح اتفاقا أما القسم المالى فيه فهو الذى يظهر فيه الخلاف بين إظهار الحكم على أساس الإرادة الظاهرة أم الباطنة .

إعلان ثمن غير الحقيقى

٢٦٩ — إظهار ثمن غير المتفق عليه : فإذا باع شخص لآخر دارا بألف جنيه ولكنهما تواطآ على إظهار الثمن على غير حقيقته إما بالزيادة كأن يعلنا أن الثمن ألف وخمسماية كى يحجم من له حق الشفعة عن طلبها لارتفاع الثمن فيستقر الملك للمشترى من غير أن يتعلق به حق للشفيع . وإما بالنقصان كأن يعلنا أن الثمن ثمانمائة مراعاة لرسوم التسجيل أو تهربا من الضرائب ، إلى غير ذلك من الصور والحوادث . فالشافعى يرى إلزامهما بما أعلناه والآخرون من الفقهاء يرون إلزامهما بالثمن الحقيقى المتفق عليه إذا قام عليه الدليل والبيع صحيح عند الجميع ومن حق الشفيع أن يطلب الشفعة من جديد عند معرفة حقيقة الثمن كما تقدم .

عقد المكره

٢٧٠ — عقد المكره : أن يكون من أصدر العبارة قد أكره على التلفظ بها دفعا لأذى الغير الذى يهدده بما لا يحتمله من أذى إذا لم يتلفظ

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٣ وما بعدها

بهـا ، مع قدرة المكرِه على تنفيذ ما توعده به . وأن المكرَه لا يرغب فيما يترتب على هذه العبارة .

رأى غير الأحناف

فغير الأحناف . لا يلزمون المكره بعبارته ولا يرتبون عليها حكما شرعياً بل يعتبرونها لاغية لانتفاء الإرادة وانتفاء الاختيار والقصد وقالوا إن العقود جميعها فى ذلك سواء. لافرق بين عقد بيع أوعقد زواج أو طلاق أو رهن أو كفالة أو إجارة إلى غير ذلك . واستدلوا [١] بقوله صلى الله عليه وسلم «إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وعلى هذا عمل المحاكم الشرعية فلا يعتبر طلاق المكره كنص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ وفى المذكرة التفسيرية للقانون طلاق المكره لا يقع بناء على مذهب الشافعية والمالكية وأحمد وداود وكثير من الصحابة .

رأى الأحناف

ولكن الأحناف . وإن كانوا يوافقون سائر الفقهاء فى أن عقد المكره لا يترتب عليه أثره إلا أنهم يرون أن العقد ينعقد مع الإكراه موقوفا على إجازة المتعاقدين حال السعة والاختيار أى بعد زوال الإكراه [٢] واستثنوا من ذلك العقود الخمسة التى فيها حق الله تعالى والتى أشرنا إليها من قبل ومنها الزواج والطلاق فقال الأحناف إن مجرد القصد إليها وتحقق العبارة يجعلها صالحة لترتب الحكم الشرعى عليها فاعتبروا القصد فيها يقوم مقام الرضا لأن الشارع استثناها فوجب فيها الاحتياط . فالأحناف بهذا لم يفرقوا بين عقد

---

(١) فتح القدير حـ ٣ ص ٣٩

(٢) راجع ابن عابدين حـ ٤ ص ٤ حيث يقول مطلب فى بيع المكره وقال فى البحر بيع المكره فاسد موقوف بخلاف بيع الفضولى فإنه مكروه فقط . وإن كان هذا يتعارض مع جعلهم الموقوف من أقسام الصحيح ومؤدى هذا أنه عقد صحيح موقوف لكنهم صرحوا بأن البيع مع الإكراه يثبت به الملك عند القبض للفساد فهذا التصريح بأنه عقد فاسد وقالوا إنه ينعقد فاسدا لعدم الرضا الذى هو شرط فى النفاذ وأنه بالإجازة يصح ويزول الفساد وعلى هـذا يكون الموقوف منه فاسد كبيع المكره ومنه صحيح كبيع الصبى وإذا ارتفع الإكراه ورضى المكره بالعقد طائعا مختارا ارتفع الفساد وانقلب العقد صحيحا نافذا كما قلنا فى عقد الهازل تماما فلا فرق بينهما على هذا ولذا قال زفر إن بيع المكره ونحوه موقوف على الإجازة بعد زوال الإكراه

الهازل وعقد المكره ، وفى هذا يقول صاحب الهداية (١) (وطلاق المكره واقع لأنه قصد إيقاع الطلاق فى منكوحته فى حال أهليته وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما وهـذا آية القصد والاختيار . إلا أنه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل، وروى (٢) «أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فأخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركتها وقالت لتطلقنى ثلاثا وإلا ذبحتك ، فناشدها الله . فأبت فطلقها ثلاثا . ثم جاء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليـه وسلم لا قيلولة فى الطلاق » . أما سائر العقود غير هذه الخمسة فإنها كما قلنا لا يترتب عليها أثر ولا يتعلق بها الحكم الشرعى (٣) .

— ٣ — التعاقد بلفظ لم يوضع لنفس العقد

٢٧١ — ثالثا : التعاقد بألفاظ لم توضع له : إذا استعمل المتعاقد ألفاظا لم توضع فى اللغة للدلالة على هذا العقد وإنما وضعت لشىء آخر كمن يستعمل لفظ الهبة مكان البيع والزواج أو العكس أو غير ذلك . فكل ذلك يصح معه العقد ويقع صحيحا أيا كان موضوع التعاقد إذ العبرة كما يقولون بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى هكذا يقول الأحناف . وخالفهم الشافعية والحنابلة بالنسبة لعقود الزواج فقط لخطورتها ولأنها لم ترد فى القرآن إلا بلفظى الزواج والنكاح ، وقد تكلمنا عن ذلك من قبل عند الكلام عن صيغة العقد.

— ٤ — أن يقصد بالعقد الوصول إلى محظور

٢٧٢ — رابعا أن يتخذ العقد وسيلة للوصول إلى شىء محظور لا يمكن إباحته إلا عن طريقه : أى أن يكون العقد صحيحا ومقصودا ويراد منه إنشاء العقد وترتب أثره عليه . لكن الدافع إلى التعاقد ليس هو حكم العقد لذاته ، وإنما الدافع الذى دفعهم لإجراء هذا العقـد وإنشائه سبب غير مشروع .

(١) الهداية حـ ١ ص ١٨٢ ، العناية على هامش الفتح حـ ٣ ص ٣٩

(٢) فتح القدير حـ ٣ ص ٣٩

(٣) يقول صاحب الدر المختار حـ ٤ ص ٨ « لم يلزم بيع المكره وإن انعقد » وراجع فى هذا أيضا المصدر المذكور وحاشية ابن عابدين عليـه حـ ٥ من ص ٨٦ إلى ص ٩٧ والمبسوط حـ ٢٤ ص ٩٣ وما بعدها وسنتكلم عن الإكراه وما به يكون فى عيوب الإرادة .

أبو حنيفة والشافعى

فالإمام أبو حنيفة والشافعية يرون أن مثل هذه العقود صحيحة مثلها مثل سائر العقود التى يقصد من ورائها الوصول إلى حكمها الشرعى فى ذاته لا لغرض آخر، ولم يجعلوا للقصد المحظور أى أثر فى التعاقد مادامت العبارة خلوا مما يشير إلى هذا القصد. حتى وإن كان مايقصده المتعاقد ويريد الوصول إليه معلوما عند المتعاقدين وقت العقد. والصاحبان من الأحناف، وباقى الفقهاء يبطلون أمثال هذه العقود التى سبب إنشائها غرض محظور، ولا أثر للعبارة فى نظرهم مادام الدليل قد قام على قصدهما. إذ العبرة بالمعانى والمقاصد لا بالألفاظ، وفوق ذلك فإنها قد اتخذت وسيلة لتحقيق أمر غير مشروع، وما كانت العقود طريقا لإباحة المحرمات أو أداة للإعانة على المعاصى.

زواج المحلل

٢٧٣ — زواج المحلل: ومن هذا القبيل زواج من طلقها زوجها ثلاثا بآخر، ولا يبغيان بهذا الزواج إلا أن يكون طريقا يمكن به أن تعود إلى عصمة زوجها الأول بعد أن يطلقها هذا الزوج الذى تتعاقد معه [1]. فإن الإمام أبا حنيفة، والإمام الشافعى يريان أن مثل هذا العقد صحيح ونافذ وينبنى عليه أثره، وكونهما يقصدان به الوصول إلى شىء محظور لا يبطل العقد ولا يمنع ترتب حكمه عليه مادامت العبارة صحيحة ومقصودة. فهما ينظران إلى الإرادة الظاهرة، ويقولان إذا كان فيما يبغيانه بهذا العقد الوصول إلى مجرد المحظور فإن أمر المؤاخذة على هذا لله سبحانه وتعالى. أما العقد فقد تمت أركانه وتحققت شروطه، وباقى الفقهاء كما علمت يرون أن هذا العقد باطل ولا يترتب عليه أثره الشرعى مادام الدليل قد قام على قصدهما الأصلى لأن العبارة لا أثر لها إذ العبرة فى العقود وترتب أثرها عليها هى الإرادة الباطنة إلى غير ذلك مما قلناه.

بيع العينة

٢٧٤ — بيع العينة: ومن هذا القبيل أيضاً بيع العينة: وهو بيع يراد

(١) الزيلعى على الكنز جـ ٢ ص ٢٥٩، الدر المختار وابن عابدين عليه جـ ٢ ص ٥٨٦ وما بعدها. وراجع مقدمات ابن رشد جـ٢ ص ١٩٨

منه أن يكون حيلة للقرض بالربا. والتعاقد بالربا منعه الشارع قال الله تعالى «وأحل الله البيع وحرم الربا» وقال «يمحق الله الربا ويربى الصدقات» فليتوصل المتعاقدان إلى تحقيق رغبتهما — باتخاذ الحيلة ليكون العقد مشروعا — فيشترى إبراهيم مثلا من كامل سيارته بمبلغ ألف جنيه تدفع بعد سنة . ثم بعد تمام العقد أصبحت السيارة ملكا خالصا لإبراهيم يصح له أن يتصرف فيها بكل أنواع التصرفات فيبيع إبراهيم هذه السيارة إلى كامل نفسه أو إلى وسيط آخر يبيعها بدوره له - بمبلغ ثمانماية . يدفعها له كامل حالة . فتكون النتيجة أن إبراهيم أصبح مدينا لكامل بمبلغ ألف جينه مع أنه لم يقبض منه سوى ثمانماية . ويكون كامل قد أستفاد مائتى جنيه . التى هى فوائد مبلغه الذى أخذه إبراهيم وكان محمد بن الحسن يكره بيع العينة هذا ويقول «هذا البيع فى قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا». وقد علمت من قبل أن الإمام أبا حنيفة والإمام الشافعى يجيزان هذا العقد . وأنهما يؤاخذهما عليه الله إذ العقد توافرت أركانه وشروطه . وباقى الفقهاء يرون أن العقد لا ينفذ وأن العبارة لاغية لا ينعقد بها عقد ولا يترتب عليها أثر . فملكية السيارة لا تنتقل من كامل إلى إبراهيم وبالتالى فلا يملك إبراهيم أن يبيعها الكامل .

ومن هذا القبيل أيضا الإجارة على عصير العنب لاتخاذه خمرا ، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها ، وبيع السلاح للبغاة وأهل الحرب إلى غير ذلك الكثير مما يحتال به إلى الوصول إلى شيء محظور شرعا عن طريق عقد مشروع .

بيع التمر لمن يتخذه نبيذا وما شابه ذلك

واستند الإمام أبو حنيفة والشافعى إلى عموم قول الله تعالى «وأحل الله البيع» ، وما روى عن الصحابة «بع الحلال ممن شئت» ، «لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكرا» ، واستدل باقى الفقهاء بقوله تعالى «ولا تعاونوا على الإثم والعدوان» وهذا نهى يقتضى التحريم وقد تكلم فى ذلك كثيرا . ابن قدامة فارجع إليه إن شئت(١) .

---

(١) راجع مقدمات ابن رشد حـ٢ ص٢١١ وما بعدها حيث عقد فصلا خاصا عن العينة .
(٢) المغنى حـ ٤ ص ٢٢٢ وما بعدها وراجع الموضوع جمية مقدمات ابن رشد حـ٢ ص١٩٨ إلى ص ٢١٣ .

الفقهاء والإرادة الظاهرة والباطنة

٢٧٥ — **أئمة الفقه الإسلامي والإرادة الظاهرة والباطنة**: مما تقدم نستطيع أن نقول إن رجال الفقه الإسلامي يتجهون في موضوع الإرادة والعبارة أو كما يقول رجال القانون الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة إلى فريقين .

الشافعية يأخذون بالإرادة الظاهرة

فالإمام الشافعي نجد في أصوله وفروعه ما يجعلنا نقرر أنه يعتبر الشكل ويحكم حسب ما تنتج العبارة ـ أي يبني حكمه على الإرادة الظاهرة ، ولا علاقة له بما وراء ذلك من الإرادة الباطنة وإن كان في عقد المخطىء قد ناقض هذه القاعدة وقد سبق بيانه . ولعل الأحناف في بعض فروعهم يجنحون نحو هذا الاتجاه كما سبق. ودليل هذا المذهب في الفقه الإسلامي أن الأحكام الدنيوية كلها بنيت على الظاهر ، والنيات أمور خفية علمها عند الله فالعقود يكون حكمها عند الناس بما تنطق به الإرادة الظاهرة فإذا اكتمل للعقد أركانه وشروطه فهو صحيح ولا نبحث وراء ذلك عن النية فيه مادام لا يوجد في العبارة ما يدل على خلاف ما ينتجه ظاهر العبارة .

الحنابلة والمالكية والأحناف ينظرون إلى الإرادة الباطنة

وابن حنبل ويقرب منه مالك يذهبان في ذلك مذهبا آخر وينظران إلى الإرادة الباطنة ويجعلانها أساسا لارتباط الأحكام بها . وإن اعتبر هؤلاء الإرادة الظاهرة فإنما يفسرونها بالإرادة الباطنة مادام قد أظهرها الدليل . أما إن خفيت الإرادة الباطنة ولا دليل يظهرها فلا اعتبار لها ولعل أحكام الأحناف في العقود والالتزامات تتمشى مع قاعدة الإرادة الباطنة أكثر من تمشيها مع الإرادة الظاهرة . دليل هؤلاء أن العبارة الظاهرة لا يعتد بها في الالتزام والعقد إلا باعتبارها مظهرة لمكنون النفس ، دالة على حقيقة القصد . فإذا انحرفت العبارة عن الإرادة الحقيقية كان الإخبار بها إخباراً كاذبا ، والإرادة الباطنة يبحث عنها بين القرائن والأدلة المنبئة عنها فالعبرة عند هؤلاء جميعا بما انعقد عليه العزم وتحقق به الرضا والقصد إلى السبب ولم تكن الأحكام مترتبة على الألفاظ إذ الأعمال بالنيات .

المقننين بين الإرادة والعبارة

٢٧٦ — **القانون بين الإرادتين الظاهرة والباطنة** : ويتجه رجال

القانون إلى مدرستين من قديم الأزل : مدرسة الإرادة الظاهرة ويمثلها الفقه الألمانى، ومدرسة الإرادة الباطنة ويمثلها الفقه الفرنسى . ولقد اتجه الفقه المصرى فى القانون الجديد وجهة الإرادة الظاهرة بعض الشىء بعد أن كان يجنح إلى الإرادة الباطنة فى القانون القديم كما يحدثنا الدكتور السنهورى[1] عند تحدثه عن المادة رقم ٨٩ من القانون المدنى الجديد والتى تنص على الآتى : (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد) فمهد تمهيداً شيقا جميلا وتكلم عن نظرية الإرادة الباطنة ثم عن نظرية الإرادة الظاهرة وقد أبان بعد ذلك أن القانون المصرى الجديد قد انحرف انحرافا بسيطا عن تقاليد القانون القديم فى أمر الإرادة الباطنة . بل تزحزح قليلا نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار فى التعامل .

القانون المصرى القديم والجديد

٢٧٧ — **الأساس فى صحة العقود الرضا** : يقول الله سبحانه وتعالى، فى المصدر الأول للفقه الإسلامى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم فى المصدر الثانى للفقه الإسلامى (إنما البيع عن تراض) فما هو الرضا ؟ وهل بمجرد قصد المتعاقد واختياره إنشاء العقد يتحقق الرضا أم الاختيار شىء غير الرضا ؟؟

الرضاء

٢٧٨ — **الاختيار والرضا**[2] : — يفرق الأحناف بينهما ويرون أن الاختيار هو القصد إلى العبارة أو مايقوم مقامها باعتبار أنها سبب عادى لإنشاء العقد ، وأداة شرعية لوجوده . سواء وجدت الرغبة فى إنشاء العقد أم لم توجد ويتم الاختيار بترجيح فعل الشىء على عدم فعله ويكون الاختيار صحيحا إن كان عن ميل ورغبة .أو فاسدا إن لم يكن عن ميل وإنما كان دفعا لشر

الاختيار والرضاء عند الأحناف

---

(١) الوسيط من ص ١٧٩ — ١٨٣

(٢) راجع كتب أصول الفقه الإسلامى . كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام جـ ٤ مرآة الأصول . وراجع كتاب الملكية ونظرية العقد للأستاذ الفاضل الشيخ محمد أبو زهرة وراجع ابن عابدين جـ ٤ ص ٧ ، ٨ وكتب الفقه الحنفى فى باب الإكراه وعقود المكره .

أعظم واختياراً لأخف الضررين. وأما الرضا فهو ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه. ويعرفه الفقهاء بأنه هو الرغبة فى آثار العقد من ترتب الحكم الشرعى عليه عند وجوده وإنشائه : وعلى هذا الأساس فقد يوجد الاختيار من غير أن يوجد الرضا كعقد الهازل والمكره[1] فكلاهما تحقق معه الاختيار دون الرضا وقواعد الأحناف تفيد أن الأساس الأول لانعقاد العقد هو تحقيق الاختيار لأن به يوجد العقد وتتكون صورته مادام المتعاقد قد قصد إلى العبارة المؤدية إليه أو مايقوم مقامها. أما ترتب الحكم الشرعى على هذا التعاقد وأما إلزام هذه العبارة لصاحبها فإنه يرجع إلى تحقق الرضا والإرادة. فالرضا وإن لزم لصحة العقد فإنه لا يلزم لمجرد انعقاد العقد ووجوده فى الخارج. وقد ترتب على تفرقة الأحناف بين الاختيار والرضا وجود قسم للعقد لم يوجد عند غيرهم من الفقهاء. وهو العقد الفاسد وسيأتى بيانه.

ماخص رأى الأحناف

وتتلخص نظرية الأحناف فى أنه إذا تحقق الاختيار والرضا مع توفر أركان العقد وشروطه انعقد العقد صحيحا نافذا كأى عقد بيع يرغب المتعاقدان فى إتمامه أو كأى التزام يرغب الملتزم فى الالتزام به رغبة صحيحة فى الحكم المترتب عليه، وإذا تحقق الاختيار فقط، ولم يتحقق الرضا انعقد العقد فاسدا وينقلب صحيحا إذا تحقق الرضا فى الوقت المناسب وإذا لم يتحقق شىء من الرضا والاختيار كان عقدا باطلا لا اعتبار له ويكون لغواً كعبارة المجنون والصبى غير المميز، وبذا يكون العقد عندهم صحيحا وفاسدا وباطلا.

غير الأحناف

أما جمهور الفقهاء غير الأحناف. فيرون أن الرضا هو اختيار العاقد إنشاء العقد أو قصده إلى ذلك طلبا لآثاره، فالرضا والاختيار عندهم بمعنى واحد وهما يعبران عن الإرادة والرغبة فى إنشاء العقد، وعلى هذا فلايتصور

---

(١) يقول الكمال فى الفتح ﺤ ٢ ص ٢٤٨ « أما الهازل فريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه وأما المكره فيقول صاحب الهداية ﺤ ٢ ص ١٨٣ « لأنه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا غاية القصد والاختيار إلا أنه غير راض بحكمه » . أما عقد المجنون ومن فى حكمه ومن سبق الحديث عنهم فإنه لم يتحقق معهم اختيار ولا رضاء فتخلف عنصر الإرادة »

عندهم انعقاد القعد مطلقا من غير تحقق الرضا ولذا فالعقد عندهم لا يكون إلا صحيحا أو باطلا .

٢٧٩ — العقود الشرعية عقود رضائية : ولما كان الأساس فى العقود الرضا كما يقول الفقهاء أمكن القول بأن العقود الشرعية من العقود التى يطلق عليها رجال القانون العقود الرضائية وليست بوجه عام من العقود الشكلية فلا يشترط أى شىء لتكوين العقد غير قصد الطرفين إلى إنشائه مع ملاحظة أن الأحناف يقررون فى بعض العقود أنها تنعقد بمجرد التعبير بها والقصد إليها من غير تحقق الإرادة التى فرقوا بينها وبين الاختيار وتكون صحيحة نافذة كالعقود الخمسة المستثناة وبعضها تكون موقوفة على الإجازة بعد — كما أن الفقهاء اتفقوا على أن الرضا فى عقد الزواج لا يكفى لصحة انعقاد العقد وترتب أثره عليه واشترطوا لانعقاده الإعلام والشهادة لأنه غرض مقصود فى الزواج وبذا أمكن اعتباره من العقود الشكلية وجاء فى فتاوى ابن تيمية (١) (أمر بالولى والشهود ونحو ذلك فى النكاح مبالغة فى تمييزه عن السفاح وصيانة للنساء عن التشبه بالبغايا، حتى شرع الضرب بالدف والوليمة الموجبة لشهرته).

وإن كان هذا النوع قليلا فى الفقه الإسلامى، كما توجد فيه عقود تتوقف على التسليم كعقد الهبة فهى تشبه العقود التى يسميها رجال القانون بالعقود العينية وعلى كل فالأصل فى العقود الشرعية أنها عقود رضائية صرفة .



(١) فتاوى ابن تيمية حـ ٣ ص ٢٧٠ .

الفصل الثالث

الإرادة المنفردة وتكوين العقد

٢٨٠ – الالتزام من جانب واحد يتم بالإرادة المنفردة :

الإرادة المنفردة تنشىء التزاما من جانب واحد

إذا عزم شخص على شيء فيـــه التزام له من غير أن يتوقف على التزام أو قبول من جانب آخر كان ملزما ما دام قد أظهره بأداة من أدوات التعبير . هذا كثير فى الفقه الإسلامى ومن أمثلته الطلاق والعتاق والرجعة والإبراء من الحق المجرد واليمين والوقف والوصية على جهات الخير فبمجرد قول الرجل لامرأته أنت طالق وقول السيد لعبده أنت حر وقول المشترى للبائع أبرأتك من العيب الذى يظهر فى المبيع وقول المطلق فى عدة مطلقته رجعيا راجعتك . طلقت زوجته وعتق عبده وبرىء البائع من العيب وعادت المطلقة إلى عصمته من غير توقف على قبول الطرف الآخر أو الالتزام منه وبمجرد أن يقسم الشخص على فعل شيء أو تركه أصبح ملتزما أمام الله وفى الوقف على الفقراء والمساكين من غير حصر لهم ولا تعيين (١) وفى الوصية على الجهات التى لا تتعين بأشخاصها مادام الموصى قد مات مصرا على وصيته فإنه يتم الالتزام فى ذلك جميعه بالإرادة المنفردة التى تظهرها العبارة (٢) وهكذا بالنسبة لسائر الإسقاطات المحضة لأن الساقط لا يعود وما دامت هى إسقاطات محضة فإنها لا تتوقف على قبول من أحد أو التزام . أما الإسقاطات التى فى معنى التمليك كإسقاط الدين عن المدين فإنه لا يتم الالتزام فيه بمجرد

---

(١) على تفصيل فى أن الوقف يحتاج إلى قبول إذا تعين الموقوف عليهم أم لا . راجع شرح قانون الوقف ٤٨ سنة ١٩٤٦ لأستاذنا الجليل الشيخ محمد احمد فرج السنهورى عند شرح المادة (٩) من ص ١٣٤ — ص ١٤٣

(٢) وقد اشترطت المادتان ١ ، ٢ من القانون المذكور لصحة الوقف أن يصدر به إشهاد ممن يملكه لدى المحكمة الشرعية التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أم أكثرها قيمة .

الإسقاط إذ أن من حق المدين أن يرد هذا الإسقاط وتأبى عليه كرامته هذه المنة فإذا رفض بقي الدين كما هو وارتد الإسقاط برده وأما الوقف على شخص معين ومن بعده على غيره فإن الاستحقاق يسقط برد الموقوف عليه وعدم قبول مافرضه الواقف له وكذا الوصية لمعين فإنها يمكن أن ترتد بالرد فلا يتم بها التزام إلا إذا قبلها الموصى له من غير رد لها إذ القاعدة لا يمكن لأحد أن يدخل شيئاً فى ملك غيره إلا برضاه مع ملاحظة مايراه مالك من أن عقود التبرعات ملزمة للمتبرع بمجرد الإيجاب ما لم يوجد مانع قبل الحيازة من الطرف الآخر .

الالتزام بمكافأة لمن يقوم بعمل معين

٢٨١ — الجعالة : — ومن هذا القبيل ما أسماه الفقهاء بالجعالة وهى أن يلتزم شخص بأجر أو مكافأة لآخر نظير أن يقوم بعمل من غير تحديد وقت للقيام به أو كما يقول الفيلسوف ابن رشد (١) الجعل هو أن تجعل للرجل جعلا على عمل يعمله إن أكمل العمل وإلا فلم يكن له أى شىء وذهب عناؤه باطلا . وهذا أجازه مالك وأصحابه ما دام لامنفعة فيه للجاعل إلا بتمامه . خلافا لأبى حنيفة والشافعى فى أحد قوليه ، والجعالة فى القياس غرر إلا أن الشرع قد أجازها ، وأساسها قول الله تعالى « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » وقول الرسول عليه السلام يوم حنين « من قتل قتيلا فله سلبه » والأصل أنه لايجوز أن يحدد للمجعول له وقتا معينا وله أن يرد قبل الشروع أو بعده ولا شىء له إلا بتمام العمل . واختلف فى الجاعل فقيل إن الجعل يلزمه بالعقد وقيل يلزمه حتى يشرع الآخر فى العمل لئلا يبطل عليه عمله فإذا مات الجاعل قبل أن يشرع الآخر فى العمل على الرواية الأولى أو بعد شروعه فى العمل على الرواية الثانية يلزم ذلك ورثته وإن مات المجعول له كذلك نزل ورثته منزلته وليس للجاعل منعهم ، ومن الجعالة أيضا مايقوله الكاسانى (٢) « إذا قال شخص لصاحبه إن سبقتنى فلك على كذا فهو جائز وكذلك أن

(١) راجع مقدمات ابن رشد حـ ٢ من ص ٣٠٤ — ٣١٠

(٢) البدائع حـ ٦ ص ٢٠٦

يقول السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا أو قال للغزاة من دخل هذا الحصن أولا فله كذا لأنه جميعه من باب التحريض والتدريب على الجهاد وإذا لم يتحقق هذا المعنى فلا يجوز إذ يبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه ، ومن كل هذا تجد أن الجعالة كما تكون لشخص معين تكون لأى شخص يقوم بالعمل من غير أن يكون معلوما لدى العاقد كقوله للغزاة من دخل هذا الحصن أولا وكما جاء فى الآية الكريمة. ولمن جاء به حمل بعير. فهنا قد التزم الجاعل بالمكافأة لا لشخص بعينه ولم يقابل التزامه قبولا أو التزاما آخر . ومن هذا القبيل جعل مكافأة معينة للمتفوقين فى امتحان كذا أو لمن يَرُدُّ عليه ضالته أو من يعثر على منجم أم آثار أو من يقبض على هارب أو يرشد إلى مجرم ومن هذا أيضاً المكافأة التى التزم بها حاكم الكويت لمن يعثر على عين ماء فى بلاده لأن كل هذا من قبيل حث الهمم والتشجيع على الجهاد فى سبيل الخير والصلاح فلزم أن يكون هذا ملزماً لا يصح للجاعل أن ينكث عهده والوفاء بالعهد يوجبه الإسلام . ولعلك تبينت مما سقناه لك من أقوال الفقهاء مايفيد إلزام الجاعل بما جعل وخصوصا بعد أن يشرع فى العمل ولكن يُنقل (١) عن الفقهاء أنهم يرون أن هذا الوعد غير ملزم لصاحبه ولمن قام بالعمل أجر المثل عند عدول الجاعل عن الوعد السابق بالمكافأة . أما أبو حنيفة فينقلون عنه أنه لا يجيز ذلك لما يترتب عليه من عذر

ولنا أن نقول إنه يمكن اعتبار من قام بالعمل على ماوعد به الجاعل يعتبر قابلا ضمنا للإيجاب عند علمه به وبذا نكون أمام عقد مكون من إيجاب وقبول وإن لم يتعين فيه القابل وقت توجيه الإيجاب إلا أنه قد تعين بالقبول وخصوصاً إذا كان الذى قام بالعمل من طبيعة عمله أن يفعل ذلك أما إذا كان من قام بالعمل لم يعلم بالمكافأة وقام به من نفسه كمن يجد مالا ضائعاً فيرده إلى صاحبه الذى وعد بمكافأة لمن يجده — وهو لا يعلم بهذا الوعد

(١) راجع الأموال ونظرية العقد للأستاذ الدكتور محمد يوسف ص ٢٧٦ ، والنظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور شفيق شحاته حـ ١ ص ١٧٠ / ١٧١

فإن هذا يكون من باب الالتزام بالإرادة المنفردة وينطبق عليه مانقلناه لك عن ابن رشد من أن الشافعى ورواية عن مالك على أنه لا يستحق الجائزة إلا إذا كانت هـذه صناعته وبعض الفقهاء يرون أنه يستحق الجائزة مطلقا وهو رواية أخرى عن مالك وظاهر مذهب أحمد (١)

الإرادة المنفردة والعقد

٢٨٢ — **العقد والإرادة المنفردة** : بينا أن العقد كما يراه جمهور الفقهاء هو توافق إرادتين متقابلتين على إنشاء التزام أو نقله ، وقلنا إن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن الإيجاب بمفرده غير ملزم لصاحبه مادام لم يتصل به القبول فى المجلس وعلى ذلك فمن حق الموجب أن يرجع عن إيجابه حتى فى مجلس العقد قبل قبول الآخر ولم يخالف فى ذلك إلا المالكية فإنهم رأوا أن الموجب يلتزم بإيجابه أمام من وجه إليه الإيجاب حتى ينتهى مجلس العقد أو يظهر رأيه فى الإيجاب .

الإيجاب بمفرده غير ملزم إلا فى تمليك الزوجة أمر طلاقها

وعلى هذا فالإيجاب قبل اتصاله بالقبول لا يكون ملزما فى الفقه الإسلامى إلا فى مسألة تمليك الزوج لزوجته أمر نفسها بإن يجعل لها أن تطلق نفسها فإن الزوج ليس له بعد ذلك أن يرجع فى إيجابه فى المجلس لأن إيجابه يعتبر طلاقا من جهته معلقا على قبولها فرجوعه بمثابة إسقاط معلق والإسقاطات إن كانت معلقة فليس للمسقط حق الرجوع . ومع هـــذا فإذا لم تقبل الزوجة هذا الإيجاب فى المجلس كان إيجابا غير ملزم بعد المجلس لأنه عقد تمليك وهو لا يتم إلا بإيجاب وقبول .

الإيجاب والقبول يصدران من شخص واحد

٢٨٣ — **هل يتم الإيجاب والقبول من شخص واحد** : إذا وكل شخص آخر ليبيع له شيئاً ووكله آخر فى أن يشترى له شيئا مما هو وكيل فى بيعه فهو وكيل عن الراغب فى البيع وعن الراغب فى الشراء ، وكذا إذا وكل شخص غيره فى أن يزوجه بفلانة ووكلته هى فى أن يزوجها بنفس الشخص ، فهل يصح أن يجرى الوكيل عقد البيع وعقد الزواج بعبارته الواحدة التى تمثل

(١) وقد تناولت المادة ١٦٢ من القانون هذا الموضوع وسنتناوله فيما بعد

إرادته المنفردة باعتباره وكيلا عنها وكذلك لو كان ولياً أو وصياً أو كان وكيلا عن أحدهما وولياً أو وصياً عن الآخر . الفقهاء متباعدون فى الرأى ومن أسباب هـــذا اختلافهم فى التزام الوكيل بحقوق (١) العقود التى يباشرها فالأحناف يرون أن الوكيل هو الملزم بكل مايستتبع عقود المعاوضات من آثار كالمطالبة بالثمن أو المطالبة بتسليم المبيع أو رده إن ظهر به عيب لأنه هو الذى باشر العقد ولم يكن للموكل صفة فى العقد وخالفهم فى ذلك جمهور الفقهاء. أما غير المعاوضات فالحقوق ترجع إلى الأصيل اتفاقا وعلى ضوء هـذا وغيره نقدم لك رأى الفقهاء .

مالك وابن حنبل

٢٨٤ – **مالك وابن حنبل**: يجيزان العقد بإرادة واحدة مطلقا: يرى الإمام أحمد أنه يصح التعاقد بإرادة واحـدة والعقود فى ذلك سواء لا فرق بين عقـد معاوضة وعقد زواج لأنه فى الواقع إنما يمثل إرادتين بإرادته ويمثل عبارتين بعبارته ولا ضير من ذلك لأن حقوق العقد إنما ترجع إلى الموكل فى كل العقود إذ الوكيل والولى والوصى إنما يباشرون العقد لصالح الموكل والصغير وعلى ذلك يصح أن يتولى شخص واحد العقد بمفرده فيقول زوجت فلانة إلى فلان. أو بعت دار على لخالد بل أجاز الحنابلة للشخص أن يكون وكيلا عن المدعى وعن المدعى عليه فى نفس الوقت . يقول ابن قدامة : (٢) « وإن وكل رجل آخر فى بيع عبده ووكله آخر فى شراء عبد، فقياس المذهب أنه يجوز له أن يشتريه من نفسه لأنه أذن له من طرفى العقد فجاز له أن يليهما إذا كان غير متهم كالأب يشترى من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان فى الدعوى عنهما فالقياس جوازه لأنه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما . .

ولعلك معى فى أن ابن حنبل وإن كان وسع على الناس ويسر بما أجازه

---

(١) حقوق العقد ما يستتبعه من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتكمله مما يثبت حقا لطرفيه وسيأتى بيان ذلك فى الوكالة .

(٢) المغنى جـ ٥ ص ١٠٩ ، ١١٠ وكشاف القناع جـ٢ ص ٢٣٨ ، ٢٣٩

لهم إلا أن إجازته الوكالة فى الخصومة أمام القضاء عن الطرفين توقع الوكيل فى شىء من الحرج وإن كان أساس نظرة ابن حنبل أن الوكيل سينقل كلام الموكل وحجته كما هى فقط لكنه بهذا لايكون إلا سفيراً ومعبراً — والمالكية مع الحنابلة فى جواز مباشرة الشخص الواحد العقد بنفسه .

زفر من الأحناف يمنع مطلقا

٢٨٥ – زفر من الأحناف: وبعكس ماقدمنا لك نجد زفرا من الأحناف يمنع جواز انعقاد العقد بإرادة واحدة وشخص واحد فى جميع العقود ، لأنها تتكون من إيجاب وقبول يمثل كل منهما إرادة مستقلة ولأن حقوق العقد إنما ترجع إلى الوكيل فى عقود المعاوضات فكيف يجمع الوكيل بين الحقين المتناقضين . فالبائع مثلا يلتزم بتسليم المبيع للمشترى بعد إخراجه من ملكه وقبوله إدخال الثمن فى ملكه وعكسه المشترى ولأن الأثر قد ورد فى عقود الزواج فروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولى وشاهدا عدل » فاشترط الخاطب والولى ولو كان يصح أن يتم عقد الزواج بإرادة واحدة لما اشترط الخاطب مع ولى الزوجة ، يقول صاحب الهداية : (١) « وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز ، وقال زفر والشافعى رحمهما الله : لايجوز لأن الواحد لايتصور أن يكون مملكا ومتملكا كما فى البيع . ويقول صاحب الفتح : « لايجوز كونه وكيلا من الجانبين لقضاء حكمى التمليك والتملك »

الشافعى كزفر لكنه أجازه للولى

٢٨٦ – الشافعى : يتجه الشافعى وجهة زفر فيتشدد فى منع انعقاد العقد بالإرادة المنفردة فى عقود المعاوضات وعقود الزواج غير أنه استثنى من ذلك حالة الولى ، فإنه يجوز له أن يزوج من فى ولايته لمن فى ولايته كالجد مثلا بالنسبة لحفيديه فإنه يملك أن يزوج حفيده الذى فى ولايته من حفيدته التى فى ولايته ويرى أن ولاية الإجبار لا تثبت إلا للأب والجد فقط . (٢) يقول صاحب البدائع

---

(١) الهداية ج١ ص١٥٩ والفتح والعناية بهامشه ج٢ ص٢٤٧ والبدائع ج٢ ص٢٣١ ، ٢٣٢

(٢) المصادر السابقة فى المكان المذكور ، ونهاية المحتاج ج٥ ص ١٩٣

« إلا أن الشافعي يقول فى مسألة الولى إنهـــا حالة ضرورة لأن النكاح لا ينعقد بلا ولى فإذا كان الولى متعينا فلو لم يجز نكاح المولية لامتنع نكاحها أصلا، وهذا لا يجوز وهذه الضرورة ممتنعة فى الوكيل .

٢٨٧ — **أبو حنيفة وصاحباه** : يفرقون بين العقود فيمنعون ذلك بالنسبة لعقود البيع وما فى حكمها ويجيزونه فى عقود الزواج فقالوا إن الواحد يصح أن يكون معبرا عن اثنين وأن تتضمن عبارته عبارتين إيجابا وقبولا وأن يتم العقد ويترتب عليه أثره الشرعي بإرادة واحدة فى عقود الزواج سواء أكان مباشر العقد ولياً جدا أم عما أم ابن عم أم وكيلا(١) دون عقود المعاوضات فإنها لا تصح بإرادة واحدة ولا بد لتمامها من وجود إرادتين لشخصين حقيقيين أحداهما تمثل الإيجاب والأخرى تمثل القبول واستثنوا من ذلك بيع الولى أبا كان أو جدا مال الصغير لنفسه، أو لغيره ممن فى ولايته ، وكذا بيع القاضى مال القاصر لقاصر آخر ، لأن القاضى ولى من لا ولى له، وكذا بيع القاضى من مال وقف إلى جهة وقف آخر كلاهما فى ولايته ، واستدل الأحناف على إجازته بالنسبة لعقود الزواج مطلقا بأن حقوق العقد ترجع لصاحب الشأن اتفاقا فيها والوكيل فى عقود النكاح سفير ومعبر بخلاف البيع ، وبما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل : « أترضى أن أزوجك فلانة . قال : نعم ، وقال للمرأة :أترضين أن أزوجك فلانا . قالت : نعم ، فزوج أحدهما بصاحبه .

٢٨٨ — **العقد بإرادة واحدة والعاقد طرف فيه**: بينا ما إذا كان الإنسان وكيلا عن طرفى العقد أو ولياً أو وصياً أو وكيلا عن أحدهما وولياً أو وصياً على الآخر واستقل بإنشاء العقد بقى أن نتكلم هنا عن الشخص إذا كان وكيلا أو ولياً أو وصيا عن أحد طرفى العقـد وجعل نفسه هو الطرف الآخر فى

(١) مادام لمتولى العقد صفة بالنسبة لـكل من الزوجين وكيلا أم وليا أم وصيا أم أصيلا أو شيئا من ذلك كما يرى الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن أما أبو يوسف فلا يشترط ذلك ويجيز أن يباشر العقد الشخص الواحد بإرادته المنفردة حتى لو كان فضوليا فإن العقد ينعقد موقوفا على إجازة الأصيل وسيأتى بيان عقد الفضولى .

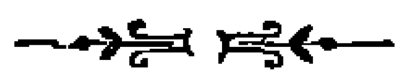
العقد فباشر العقد بإرادته المنفردة باعتباره أصيلا ووكيلا كأن يكون وكيلا عن المشترى فى شراء شىء له فباعه ماعنده وباشر العقد منفردا بإرادته ،أو أن توكل امرأة رجلا فى أن يزوجها بمن يشاء فزوجها من نفسه أو أن يكون ابن عم وفى ولايته ابنة عمه الصغيرة التى لا ولى لها سواه . فعقد عليها لنفسه فالإمام الشافعى على حسب قواعد مذهبه التى بيناها لايجيز شيئا من هذا لأن العقد عنده لايمكن أن يتولاه شخص واحد إلا فى تزويج الولى لحفيديه للضرورة ، وأما زفر من الأحناف فقد منع من غير استثناء مطلقا أما مالك وابن حنبل(١) فقد أجازا ذلك . أما الأحناف فيفرقون بين العقود فيجيزون ذلك فى عقود الزواج فله أن يتزوج بمن وكلته فى زواجها منه أو فى الزواج من أى شخص غير معين أما فى عقود المعاوضات فلا يصح إلا ماسبق ذكره ـ وهم جميعا على حسب ماتقدم بالنسبة لمباشرته العقد للغير اللهم إلا ببعض اشتراطات يشترطها الفقهاء منعا المحاباة فمثلا يقول ابن حنبل لابد أن يأخذ الوكيل لنفسه بثمن أكثر .

القانون ٢٨٩ — *القانون والإرادة المنفردة* : المادة ١٦٢ تنص على : « من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور » فقد ضيق القانون جواز الالتزام بالإرادة المنفردة حتى جعله يكاد يكون منحصراً فى الجعالة أما تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه فقد تناولته المادة ١٠٨ التى تنص « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم

(١) وفى رواية عن احمد أنه يمنع إذا كان وكيلا عن البائع واشتراه لنفسه راجع المغنى المكان السابق

من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة مايخالفه مايقضى به القانون ويفرق القانونيون بين العقد الملزم لجانب واحد „contrat-unilatéral" وبين التصرف الملزم من جانب واحد „acte juridique-unilatéral" وقالوا إن الأول تجب فيه إرادتان مثل الهبة بغير عوض والوديعة بغير أجر والرهن الرسمى والكفالة وإن كانت هذه العقود فى القانون الجديد قد تحولت الى عقود ملزمة للجانبين فلم يبق إلا الوديعة بغير أجر. وأما الثانى وهو التصرف الملزم من جانب واحد فهو مثل الوعد بجائزة والوصية والوقف (١).

وقد حدثنا الأستاذ الدكتور السنهورى حديثا فياضا عن المدارس القانونية فى الالتزام - وأن هناك المذهب الشخصى والمذهب المادى كما توسع عن الكلام عن تعاقد الشخص مع نفسه فارجع إليه (٢).



---

(١) مصادر الالتزام للاستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٥٩

(٢) الوسيط من ص ١٠٦ إلى ص ١١١ ومن ص ٢٠١ إلى ص ٢٠٥

الفصل الرابع

مدى سلطة العاقد فى إنشاء العقد والشروط

مدى حرية العاقد فى العقد وحكمه

٢٩٠ — هل للعاقدين مطلق الحرية فى تحقيق رغبتهما فى العقد : ينشأ العقد وينعقد مادام قد تحققت أركانه وشروطه ويقع صحيحاً نافذا مادام قد تحقق فيه الاختيار والرضا ، وكان قد صدر ممن له ولاية إصداره على ما يبناه ، وبحثنا هنا هل للعاقد أن ينشىء ما يريد من العقود وأن يشترط مايريد اشتراطه من غير ملاحظة لطبيعة العقد ومقتضاه مادام ذلك قد صادف قبولا من الطرف الآخر أو حقق رغبة فى نفس المتعاقدين يبغيان الوصول إليها بهذا التعاقد، وبمعنى آخر هل المتعاقد هو الذى يحدد أثر العقد ويوجد حكمه المترتب عليه أى أن أثر العقد وحكمه نتيجة طبيعية مترتبة على العقد، وبذا يستطيع المتعاقد أن يتحكم فى الأثر المترتب على العقد ويكونه حسب رغبته . سواء أكان هذا العقد له مثيل من قبل أم هو إنشاء جديد نتج من تغير الأحداث وتطور الأزمان مما أدى الى إيجاد أنواع جديدة من العقود غير العقود المتعارفة، أو يغير فى العقود المتعارفة كالبيع والإجارة والرهن والزواج وغير ذلك حسب ما يشاء ويرغب تبعا لحاجة الناس ورغباتهم التى تتجدد بتجدد الزمن وتغير الأحداث واختلاف مقتضيات الحياة ؟ .

القانون العقد شريعة المتعاقدين

٢٩١ — أما القانون: فالعقد فيه شريعة المتعاقدين :[1] فللمتعاقدين أو من يمثلهما أن يزيدا من الشروط ما يريدان ، ويوجدا من العقود مايرغبان فيه . لأن العاقد بإرادته الحرة هو الذى يوجد العقد ويوجد أثره . فهو حر فى إنشاء مايريد من عقود، وأن يتحكم تبعا لذلك فيما ينتج عنها من آثار وأحكام لهذه العقود مادام لا يخرج عن حدود النظام العام فإذا كان العقد مخالفا للنظام.

(١) المادة ١٤٧ .

العام أو الآداب كان باطلا (١) فأساس العقد فى نظر القانون هى إرادة المتعاقد فقط مادامت لا تخرج على النظام العام والآداب وأن الأثر الذى يترتب على التعاقد يخضع لإرادة المتعاقدين لأنه نتيجة طبيعية لها. فهو الذى ينشىء العقد ويرتب عليه أثره فكلاهما من وضع العاقد وترتيبه.

الفقه الإسلامى العقود أسباب جعلية شرعية للأحكام

٢٩٢ – **وفى الشريعة العقود أسباب جعلية شرعية للأحكام** : أما نظر الفقه الأسلامى . فإن الفقهاء يرون أن العاقد بإرادته يكون العقد أما الأثر المترتب عليه من نقل الملكية من البائع إلى المشترى إن كان عقد بيع ، أو تملك الانتفاع فى مدة الإجارة إن كان عقد إجارة إلى غير ذلك من سائر العقود والالتزامات فهو من جعل الشارع وترتيبه . وليس نتيجة لإرادة المتعاقدين وحدها ، فحكم العقد ليس نتيجة طبيعية لإرادة المتعاقدين وحدها وإنما وجد الحكم وظهر لأن الشارع قد رتب الحكم على هذا التعاقد فالحكم من عند الله . وان اتفق جعل الشارع وترتيبه مع مايبغيه المتعاقد ويريده فما ذلك إلا لأن مافى الشرع كله يتفق مع العقل وإلا فإن الإنسان قد يرتب الشىء ترتيبا لايشك بحال فى أن أثره سيوجد فيه ويترتب عليه لكنه رغم هذا فقد يتخلف الحكم وهذا إبراهيم عليه السلام حشد له الناس الوقود من كل مكان وأشعلوا فيها النار وألقوه فيها فكانت عليه برداً وسلاماً فكذلك التعاقد بالربا مثلاوإن صدر الإيجاب والقبول وارتضى المتعاقدان ما اتفقا عليه فإنه لايترتب عليه حكم ولا يظهر له أثر لأن الحكم من عند الله والله لم يرتب على هذا أثراً لأنه منعه وحرمه «وأحل الله البيع وحرم الربا» .

فالله سبحانه وتعالى جعل العقد سببا للحكم ، ولكن الربط بين السبب والمسبب تم بصنع الله وإرادته يقول صاحب كشف الأسرار (٢) « إن العلل الشرعية غير موجبة بأنفسها . وانما الموجب للأحكام هو الله تعالى، والعقود داخلة فى العلل الشرعية وفى هذا يقول ابن تيمية (٣) « والأحكام الثابتة

(١) المادة ١٣٥ .

(٢) راجع فى كشف الأسرار على البزدوى جـ٤ ص ١٢٩١ .

(٣) فتاوى ابن تيمية جـ٣ ص٣٣٥ .

بأفعالنا كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنـكاح . نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببـــه .. ، وإليك بعض ما يقوله الإمام الغزالى وهو فيلسوف . وللفلاسفة نظرة تختلف مع نظرة الفقهاء فى هذا الموضوع . ولـكن مع هذا فيقول الغزالى(١) إن الله سبحانه وتعـالى هو الذى أضاف الأحـكام إلى أسبابها . لأن الأسباب لا توجب الحـكم لذاتها بل بأيجـاب الله تعالى ، وإنما كان حكم العقد وأثره من عند الله سبحانه وتعالى . كى لا يبغى الناس بعضهم على بعض نتيجة رغبـاتهم المختلفة وأهوائهم المتباينة التى قد تؤدى إلى الغبن والغرر فمنعا لهذا وحسما للنزاع بين النـاس جعل الله العقد سبباً وطريقا لظهور الحـكم الذى جعله الشارع فالله سبحانه يقول: «ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالـكم بينكم بالبـاطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» فقرر لنـا أصلا عاما يمنع من إخراج شيء من ملك الغير إلا برضائه فإذا تم الرضاء وجب الوفاء. فيقول الله : «يا أيهـا الذين آمنوا أوفوا بالعقود» ويقول : «وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا» فبهذا يكون الله جل شأنه جعل الرضا أساس التعاقد ، ويكون قد أمر بالوفاء بالعقد .

سبب رأى الفقهاء

٢٩٣ — حد الشارع لما يشترط العاقد : من أجل هذا ومنعا للتحايل فى العقود بإدخال شروط يتفق عليها المتعاقدان لتحقق رغبة أحدهما التى قبلها الآخر لحاجته للعقد مع أنها تخل بالموازنة أو تخرج عن طبيعة التعاقد الأصلية إذ الشخص لاشك فى أنه يندفع فى شروطه جريا وراء رغباته حتى يخرج بالعقد عن طبيعته ويصل إلى ماحرم الله من أكل أموال الناس بالباطل بما قد ينتجه الشرط من غرر — جعل الشارع حدا لما يشترطه الناس فى عقودهم وما يوجدونه من عقود تحقق تعاملهم فإن تجاوزوها كانت لاغية لا اعتبار لها . بل قد يسرى فساد الشرط على نفس العقد فيؤثر عليه . لـكن هـذه

(١) المستصفى جـ١ ص ٩٣ — ٩٤ .

الحدود التى جعلها الشارع تحد من حرية المتعاقدين فى عقودهم وشروطهم، يذهب الفقهاء فيها مذاهب مختلفة بين مضيق وموسع وإليك التفصيل :

— الظاهرية — يرون الأصل الحظر

٢٩٤ – الظاهرية يرون الأصل فى العقود والشروط الحظر : فبينما نجد الظاهرية يرون أن الأصل فى العقود وما يتصل بها المنع والتحريم ولا يباح إلا ما أباحه الشارع وورد به نص من الكتاب والسنة أو إجماع لأنها تتضمن حل ما كان محرما أو ممنوعا فأخذ مال الغير بعوض أو بغير عوض تغيير لأصل ملكيته المشروعة وإباحة تملك الغير لها أو الانتفاع بها بعد أن كان ذلك ممنوعا وما يتبع ذلك من تفاوت بين الصفقتين واستفادة أحدهما أكثر من الآخر وفى الزواج فإنه عقد يجعل ما كان ممنوعا على الزوجين ومحرما مباحا وجائزاً بحكم العقد. فلهذا ولأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدين وإراداتهم قرر الظاهرية أن الأصل فى العقود التحريم، والخروج إلى الاباحة، لابد أن يكون بنص وإلا فاذا كان العقد أو الشرط لم يرد به نص فلا يترتب عليه أثره الشرعى(١) ولا يعمل به، وقالوا : إنه إذا عمل به، واعتبر العقد أو الشرط وترتب عليه أثر نكون قد أدخلنا فى الدين ما ليس منه. أما إذا انعقد هذا العقد الذى أنشأه المتعاقد، أو اتصل هذا الشرط الذى اشترطه المتعاقد من عنده، ولم يترتب عليه حكم. فلا يكون بذلك عقدا. إذ العقد إنما يقصد به أثره وحكمه ! وواضح أن هؤلاء الفقهاء قد ضيقوا على الناس فى معاملاتهم حينما يقفون بالعقود والشروط عندما كان عليه الناس وقت ظهور الإسلام ولم يحسبوا لاختلاف الأزمان، وتطور التعامل بين الناس اتساعا. أى حساب. وإنهم فوق ذلك وقفوا عند النص والإجماع، ولم يجد القياس عندهم طريقاً للأخذ به.

---

(١) فتاوى ابن تيمية جـ٣ ص٣٢٣ .

الفقه الحنبلى الأصل الإباحة

٢٩٥ — ابن حنبل الأصل فى العقود والشروط عنده الإباحة :

وعلى النقيض من الظاهرية نجد الفقه الحنبلى ، وبالأخص الفقيه ابن تيمية منهم . يوسع على الناس فى أمور معاملاتهم فيجعل الأصل فى العقود وما يتصل بها الإباحة لا الحظر . فالإنسان له أن يعقد أى عقد يراه . وجد له نظير من قبل أو لم يوجد ، ويضيف من الشروط مايرغب ويريد ما دام لم يرد من الشرع ما يمنع من ذلك وكان فى مصلحة المتعاقدين ، ولا يخالفه أصلا فى الدين ، ويرى الفقه الحنبلى أن أمر الشارع بالوفاء بالعقود جاء عاما فشمل كل عقد لم يمنعه الشارع . وجد من قبل أم لم يوجد ، وشمل كل مايدخل عليه من شروط تحقق التراضى بينهما مادام لم يرد فى الشرع مايمنعه كما يرون أن الشارع قد جعل الأساس فى التعامل الرضا فى قول الله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » فكان أساس العقد فيها هو الرضا والاختيار لاغير ، ولهم بعد ذلك فى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم الدليل الصريح « الناس على شروطهم ماوافقت الحق » . ولذا فكان من الحق أن يقال إن فقه ابن حنبل وإن عرف عنه التشدد فى العبادات إلا أنه أيسر المذاهب على الناس فى المعاملات .

الأحناف والشافعية

٢٩٦ — فقه الأحناف والشافعية : وبين هؤلاء ، وهؤلاء ، نجد الأحناف والشافعية على شىء من القرب من قاعدة الحظر فى العقود التى هى شعار الظاهرية ، وإن كان لهم من القياس والاستحسان والاستصلاح والعرف (١) على الخصوص مايجعل فى حظرهم إباحة ، وفى تضييقهم سعة ، وقد بينا فى مدخل دراستنا هذه مدى أثر هذه الأمور والأخذ بها فى الأحكام .

المالكية

٢٩٧ — فقه مالك : وبعد هذين المذهبين نجد بالقرب من الأصل الآخر مذهب الإمام مالك فوق مايأخذ به فى مذهبه من المصالح المرسلة ، فهو وإن

---

(١) الهداية جـ ٣ ص ٣٩ « . . إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس » .

كان لم يتخذ شعار ابن حنبل شعارا لفقهه إلا أنه فى فروعه وتطبيقاته نجده أقرب إلى الفقه الحنبلى فى هذا من الفقهاء الآخرين وبذا نجد الفقه الإسلامى فى هذا بين مدرستين الظاهرية الذين لا يبيحون عقدا أو يجيزون شرطا إلا إذا كان قد ورد به نص ويقرب منهم الشافعية والحنفية ، والفقه الحنبلى لا يمنع عقدا أو شرطا إلا اذا ورد فى منعه نص ويقرب منه فقه مالك واليك ومايراه الأحناف فى الشروط وأقسامها فهم يقسمون الشرط المقترن بالعقد إلى ثلاثة أقسام : — ١ — صحيح ٢ — باطل ٣ — فاسد — وقالوا كما يبين من كتبهم (١) .

— ١ — الشرط الصحيح

٢٩٨ — الشرط الصحيح : إما أن يكون ا — شرطا يقتضيه العقد ب — أو شرطا يؤكد مايقتضيه العقد حـ — أو شرطا جاء به شرع ء — أو شرطا تعارف الناس عليه وتعاملوا به . أما أن يكون جاء بمقتضى العقد أو مؤكدا لمقتضاه أو أذن به الشرع فهو شرط صحيح معتبر عند جميع الفقهاء ، أما الظاهرية فلأنه ورد به نص يجيزه وأما الحنابلة فلما علمت فوق ذلك من أن الأصل الإباحة وأما ما ورد به عرف فهو مالا يعترف به الظاهرية .

يقتضيه العقد

ا — أما الشرط الذى يقتضيه العقد فهو فى الواقع لم يأت بجديد فى العقد ويمثل له السرخسى « كشرط الملك للمشترى فى المبيع ، أو شرط تسليم الثمن ، أو تسليم المبيع ، واشتراط حل المعاشرة بين الزوجين فى عقد الزواج فالبيع جائز لأن هذا بمطلق العقد يثبت ، فالشرط لا يزيده إلا وكادة . ومن هذا أيضاً اشتراط الزوجة على زوجها الإنفاق عليها ، واشتراط رد المبيع عند العيب .

مؤكد مقتضاه

ب — مؤكد مقتضى العقد : وهذا فى الواقع شرط مكمل للعقد كاشتراط إحضار المشترى كفيلا بالثمن المؤجل أو يقدم له رهناً فالثمن يقتضيه العقد

---

(١) المبسوط جـ ١٣ ص ١٤ — ٢٨ ، الزيلعى جـ ٤ ص ٥٧ ، فتح القدير جـ ٥ ص ٢١٥ ، الهداية جـ ٣ ص ٣٩ .

ويوجبه والكفيل يؤكده عند التأجيل ، وكذلك مايقوله الكمال بن الهمام كأن يحبس المبيع إلى قبض الثمن ونحوه .

جاء به الشرع

حـ — أو كان هذا الشرط مخالفاً لمقتضى العقد إلا أنه قد أجازه الشرع وورد به ، وهو كما يقول الزيلعي «أو شرطا فيه ماورد الشرع بجوازه كالخيار والأجل » فإن اشتراط خيار الشرط فى العقد لأحد المتبايعين مثلا ، أو اشتراطه تأجيل الثمن وعدم دفعه عند العقد أجازه الشارع وورد به. مع أن هذا يخالف مايقتضيه العقد الذى هو تمامه بمجرد انعقاده ، ووجوب الثمن فوراً لانتقال ملكية كل من المبيع والثمن للمشترى والبائع:

— د — جاء به العرف

د — أو كان هذا الشرط قد ورد به العرف وأجازه وهو كما يقول الزيلعي أيضاً : « أو شرطا فيه ماجرى التعامل بين الناس كشراء النعل على أن يحذوها البائع » فإذا اشترط المشترى على البائع أن يصلح له مااشتراه منه أو اشترط على التاجر أن يخيط له القماش الذى اشتراه منه معطفا أو اشتريت من الكهربائى « نجفة » واشترطت عليه أن يقوم بتركيبها فى منزلك إلى غير ذلك مما هو متداول وأجازه العرف .. وفى الأخذ بالعرف هنا رحمة بالناس واسعة والله در الأحناف ومن معهم حينما قالوا بقاعدة الأخذ بالعرف .

— ٢ — الشرط الفاسد

٢٩٩ — الشرط الفاسد : — ماحقق منفعة لأحد العاقدين أو لآخر غير ماتقدم فى الشرط الصحيح كأن يبيع أرضا على أن يستأجرها البائع ، أو يتزوج بها وتشترط الزوجة فى عقد الزواج أن لاينقلها من بلدها . فالزوجة طرف فى العقد وهى محل العقد فى نفس الوقت فيكون الشرط قد حقق منفعة لأحدهما أو للمعقود عليه وهنا نجد الأحناف يفرقون بين عقود المبادلات المالية ، وغيرها ، فيقولون إن هذا الشرط إذا دخل فى عقود المبادلات المالية أفسد العقد أصلا ، ولا ينعقد لأن هذا الشرط يؤدى إلى النزاع والغرر ويتنافى مع مقتضى العقد الذى يتمسك به الآخر فتكون المنازعة التى يمنعها الشارع ، وفوق ذلك فإن اشتراط ذلك فى العقد يقابله شىء فى الثمن ويكون له دخل فى

عقود المبادلات المالية

الموازنة بين السلعة والثمن وفى هذا يقول صاحب المبسوط «وإن كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فإن كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد ، لأن الشرط باطل فى نفسه ، والمنتفع به غير راض بدونه فتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط . فلهذا فسد به البيع ، وكذلك إن كان فيه منفعة للمعقود عليه وذلك كما إذا اشترى عبدا على أنه لا يبيعه فإن العبد يعجبه أن لا تتناوله الأيدى ، وتمام العقد بالمعقود عليه ..» ويعلل صاحب الهداية سبب فساد العقد نفسه بهذا الشرط بكلمة موجزة «لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى إلى الربا أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد من مقصوده إلا أن يكون متعارفا » هذا وعقود المبادلات المالية تشمل البيع والإجارة والصلح على مال وغير ذلك (١) .

غير العقود السابقة

أما إذا كان العقد الذى دخل عليه هذا الشرط الذى ينتج منفعة لأحد المتعاقدين أولمحل العقد من غير هذه العقود كعقد الزواج والطلاق والتبرعات والتوثيقات فإن العقد ينعقد صحيحا والشرط لا اعتبار له ولا أثر ويكون العقد صحيحا والشرط لاغيا فإذا اشترطت الزوجة على زوجها عند العقد أن لا ينقلها من بلدها أو اشترط هو عليها أن يتزوجها من غير مهر صح عقد الزواج وكان الشرط لاغيا . فله أن ينقلها معه إلى أى بلد يتجه إليها ، ولها فى المثال الثانى مهر مثلها .

سبب التفرقة

وسبب تفرقة الفقهاء بين عقود المبادلات المالية وغيرها من العقود . هو أن عقود المبادلات المالية فيها موازنة بين السلعة والثمن ويعمل كل من طرفى العقد بما يشترطه من شروط أن يتعادل مع الطرف الآخر فلو ألغينا الشرط وأبقينا العقد اختل التوازن وبطل التعادل وقد سقنا إليك ما قاله صاحب الهداية .

---

(١) راجع الفتاوى الهندية جـ٤ ص ٣٩٦ .

— ٣ —
الشرط الباطل

٣٠٠ — الشرط الباطل : — مالم يتوافر فيه شيء مما قلناه فى الشرطين الصحيح والفاسد وهو شرط كعدمه فلا يعتد به ولا يلتفت إليه وهو لغو كمن يبيع لآخر داره ويشترط أن لا يسكنها المشترى مدة أو يبيع شخص لآخر كتابا بشرط ألا يقرأ فيه إلا بعد سنة ولا شك فى أن مثل هذا لغو ينزّه عنه العقلاء فلا يدخل فى العقد ولا يعمل له أى حساب ولذا كان العقد صحيحا نافذا والشرط باطلا. هذا تفصيل ماقاله السادة الأحناف ولا تتسع دراستنا هذه لأكثر من ذلك .

الفصل الخامس

محل العقد

محل العقد مال. عمل. منفعة

٣٠١ – محل العقد إما مال أو عمل أو منفعة(١): محل العقد هو ما كان التعاقد بخصوصه وواقعا عليه. فهو الذى تتعلق به أحكام العقد وآثاره، ولا بد لكل عقد من محل يضاف إليه. ففى البيع يكون محل العقد هو المبيع الذى كان التعاقد بخصوصه، وفى عقد الإجارة يكون محل العقد هو المنفعة التى يستفيدها المستأجر من العقد كسكنى الدار أو ركوب السيارة أو عمل المهندس، والطبيب والمحامى، ومحل العقد فى المزارعة عمل المزارع، وفى الزواج فإن محل العقد هو الزوجة نفسها مع أنها طرف فى العقد فى الوقت نفسه. فمحل العقد لا يخرج عن أن يكون مالا، أو عملا، أو منفعة، وقد يرد على محل العقد ما يجعله غير قابل للتعاقد عليه شرعاً. كورود حكم الشرع على الخمر والخنزير بالتحريم فإنه بذلك لا يصلح محلا لتعاقد المسلم لقوله عليه السلام «إن الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها»، ولأنه ليس بمال فى حقنا. ومع هذا فإنه يصلح محلا للتعاقد بالنسبة لغير المسلمين يقول صاحب الهداية(٢): «وأهل الذمة فى المبيعات كالمسلمين إلا فى الخمر والخنزير خاصة فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال فى اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون»، وكورود حكم الشرع بتحريم زواج المرأة إن كانت أختاً أو أماً أو فى عدة رجل آخر، وتحريم التعاقد على الربا مع أن محل العقد مال يصح فيه التبايع، ولكن عند اتحاد الجنس، فلا تصح الزيادة فى أحد البدلين لأن محل العقد قد ورد عليه تحريم الشارع بهذا الوصف: «وأحل الله البيع وحرم الربا» إلى غير ذلك مما يخرج الشىء عن صلاحيته للتعاقد عليه.

متى يصلح المحل للتعاقد

---

(١) راجع فى هذا الموضوع جميعه البدائع جـ٥ ص١٣٨

(٢) جـ٣ ص٦٤ وراجع فتح القدير والعناية جـ٥ ص٣٦٠.

شروط محل العقد

٣٠٢ – **ما يشترط فى محل العقد** : اشترط الفقهاء فيما يكون محل عقد شرعاً :
(١) أن يكون موجودا وقت العقد . (٢) أن يكون متعيناً خالياً من كل غرر يؤدى إلى تنازع بين المتعاقدين . (٣) أن يكون قابلا لأثر العقد ومقتضاه . (٤) أن يمكن تسليمه .

— ١ — وجوده وقت التعاقد

٣٠٣ **أن يكون موجودا وقت العقد** : قلنا إن لكل عقد أثراً وحكما يتصل به فعقد البيع أثره انتقال الملكية ، وهى أمر معنوى غير محسوس . فانتقال الملكية الذى رتبه الشارع على عقد البيع مثلا لا بد لوجوده وتحققه من تعلقه بشىء موجود مستقر عند العقد . وعلى هذا فالأحناف وكثير من الفقهاء يرون أن المعدوم وماله خطر العدم لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد . ومنعوا بيع الحمل فى بطن أمه لأنه قد يظهر ميتاً ، واللبن فى ضرع الدابة مجازفة أو كيلا مثلا لأنه قد يكون انتفاخا لا لبنا (١) ، والثمرة قبل ظهورها لأن الأرض قد لا تنبتها ، ولا يجوز أن يبيع شخص لآخر نصيبه فى تركة موروثه لأن الوارث قد يموت قبل مورثه ، أو قد يتصرف المورث فى ثروته قبل موته ، لأن فى هذا غررا وهو منهى عنه شرعاً لما يحدثه من تنازع ، والعقود فى ذلك كلها سواء لا فرق بين عقد معاوضة أو عقد تبرع أو غيره .

تعارض بعض العقود مع هذا

٣٠٤ — **عقود لا يوجد محلها عند التعاقد وأجازها الشارع** : يتعارض مع هذه القاعدة ما أقره الشارع لكثير من العقود التى لا يوجد فيها محل العقد وقت التعاقد . فقد أقر الشارع مثلا عقد الإجارة (٢) مع أن محل العقد الذى هو انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة مدة العقد غير موجود وقت التعاقد لأن المنفعة إنما تتجدد ساعة فساعة .

الإجارة

---

(١) المبسوط جـ ١٢ ص ١٩٤ ، الهداية جـ ٣ ص ٣٥ والفتح والعناية جـ ٥ ص ١٩٢ ، البدائع جـ ٥ ص ١٣٨ .

(٢) الإجارة : عقد تمليك المنافع بعوض وهذا النوع من العقود يطلق عليه فى القانون بعقد المدة أو العقد المستمر وقد فصلنا القول عن عقد الإجارة فى كتابنا المال والإلتزام ص ٣٤١

وقد أقر الشارع عقد الاستصناع(١) مع أن الذى عليه التعاقد غير موجود وقت العقد، ولا يمكن تسليمه . فلو اتفقت مع صاحب آلة طباعة أن يطبع لك كتاباً، أو اتفقت مع الحائك على أن يخيط لك ثوباً فإن عمل الصانع وهو طباعة الكتاب وخياطة الثوب غير موجود وقت العقد، وقد أقر الشارع عقد المزارعة(٢) مع أن محل العقد وهو عمل الزارع فى زراعة الأرض وإعدادها غير موجود وقت العقد وهكذا . ومن هذا القبيل عقد السلم(٣) فإنه بيع أجل بعاجل فالمبيع عند التعاقد لا يعتبر موجودا وإنما يبقى دينا فى ذمة البائع يسلمه للمشترى فى الزمان والمكان المتفق عليه مع أن الثمن يدفع فورا عند التعاقد، ومثله ما يحدث أمامنا من أن يبيع الزارع للتاجر قدرا من القمح أو القطن قبل نضجه وبمجرد ظهور ثمره .

الاستصناع

الزراعة

السلم

من كل ما تقدم وأمثاله تجد أن هناك بعض العقود لا يوجد فيها محل العقد عند التعاقد فما رأى الفقهاء فى تناقض هذا مع قاعدتهم .

٣٠٥ — **الفقه الحنفى**: قال الأحناف هذه العقود جاءت استثناء من القاعدة الأصلية . ومع هذا فيمكن التوفيق بالقول بأنه إنما يشترط وجود المحل إذا اقتضى العقد بطبيعته وجوده كما فى عقود البيع، فإن ملكية المبيع تنتقل فور تمام العقد إلى المشترى ومن حقه الانتفاع بها على أى وجه فلزم لذلك وجود المبيع وعلى هذا الأساس فلا يصح بيع الزرع قبل ظهوره ولا بيع اللبن فى الضرع، ولا بيع الحمل قبل الولادة لاحتمال عدم إنبات الأرض للنبات، وإفراز الضرع للبن وانفصال الحمل حيا . أما إذا كانت طبيعة العقد لا تقتضى وجود المحل وقت التعاقد كما فى عقد الإجارة والاستصناع والمزارعة وعقد السلم فإنها تنعقد مادام وجود المحل متوقعاً عادة .

الأحناف يمنعون التعاقد على المعدوم إلا ما استثناه الشارع

---

(١) عقد على عمل الصانع .

(٢) عقد على عمل الزراع .

(٣) السلم بيع أجل وهو المبيع بعاجل وهو الثمن وله شروط راجعها فى كتابنا المسالة الإلتزام ص ٣٣٣ .

مالك يجيز التبرع بالمعدوم ويتوسع فى المعاوضات

٣٠٦ — **فقه مالك**: أما الإمام مالك: فإنه يفرق لاشتراط وجود محل العقد عند التعاقد بين عقود التبرعات، والمعاوضات. فأجاز التبرع بما هو معدوم وقت العقد فيصح أن يهب ما فى بطن الدابة من حمل وما فى ضرعها من لبن وما فى جوف الأرض من نبات بعد وضع بذوره وما ينبته الشجر والنخل من ثمر وتمر. وأما عقود المعاوضات فأجاز أيضا التعاقد على كل ما لا يمكن وجوده دفعة واحدة ما دام قد ظهر منه شىء كما فى الخضروات «البطيخ والباذنجان وأمثالها» على كل ما لا يمكن وجوده عند التعاقد كمنفعة المستأجر بالعين وكعمل الصانع والمزارع والطبيب والمحامى وغيرهم من عمل الأجير خاصا كان أم عاما وعلى هذا تعارف الناس وبذا يكون مالك قد توسع فى التعاقد على المعدوم دون الأحناف وغيرهم، الذين يمنعون بيع مثل هذا (١).

ابن تيميه من الحنابلة يجيز التعاقد على المعدوم

٣٠٧ **بعض الحنابلة**: وهناك ابن تيمية، وابن القيم من فقهاء المذهب الحنبلى — يجيزان التعاقد على المعدوم مطلقا وفى كل العقود مادام قد تعين بالأوصاف وارتفع الغرر وهما يريان أن ماورد فى الشريعة إنما ينصب على النهى عن بيع الغرر (٢). فهما يريان — وأرى معهما — أن العلة فى منع التعاقد على المعدوم هو منع الغرر، ومخافة التنازع. فإذا كانت العلة هى هذا وهى موجودة فى محل العقد الذى يكون موجودا وقت التعاقد وغير مقدور التسليم كالبعير الشارد. والفقهاء قد اشترطوا أن يكون محل العقد متعينا بحيث ترتفع الجهالة ويزول الغرر فلا يكون هناك محل لاشتراط وجود محل العقد.

بيع الثمر قبل نضجه

٣٠٨ — **بيع الثمر على الشجر والخضار فى الأرض للتجار**: يتفرع على هذا

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ١٣٩ ؟ مواهب الجليل جـ ٤ ص ٢٩٤ ؟ وراجع المغنى جـ ٤ من ص ٦٤ وراجع مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٢٤ .

(٢) الغرر مالا يقدر المتعاقد على تسليمه موجودا كان أو معدوما. وراجع أعلام الموقعين لابن القيم جـ ١ ص ٣٥٨، مقدمات ابن رشد جـ ٢ ص ٢٢١ وما بعدها فله فى الموضوع بحث قيم وهو الفيلسوف الذى نقل عنه ابن تيمية.

بيع الخضر والثمر بعد ظهوره وقبل نضجه . أو بيعه قبل ظهوره البتة . فهل يجوز مع انعدام محل العقد وقت التعاقد أم لا يجوز ؟

بيع الثمر قبل ظهوره البتة

(ا) فإن كان قبل ظهور الزرع أو الثمر البتة فـــلا يجوز البيع لقوله صلى الله عليه وسلم «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال صاحبه» فلفظ منع يفيد أن ماوقع عليه البيع كان غير موجود البتة .

وهذا باتفاق الفقهاء جميعا خوفا من تلف الثمر وعدم ظهور الزرع أو إصابة ذلك بعاهة تهلك المحصول فيكون فيه غرر ومقامرة وهما يفضيان إلى التنازع.

بيعه بعد نضجه

(ب) أما إذا كان الزرع والثمر قد ظهرا وأصبح ينتفع بهما انتفاعا كاملا فيصح التعاقد لأن محل العقد موجود ويجوز بقاء النبات على الشجر والزرع فى الأرض فترة حتى يتم الحصاد عند غير أبى حنيفة وأبى يوسف .

بيعه بعد ظهوره وقبل نضجه

حـ — أما إذا كان قد ظهر الزرع فى الأرض والثمر فى الشجر ولكن بحالة لا يمكن الانتفاع به انتفاعا كاملا بأن كان العنب حصرما أو كان البلح بسراً فقد أجاز ذلك محمد بن الحسن ومالك ورواية عن الشافعى وأحمد وخالف باقى الأحناف يقول ابن قدامة (١) « لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام أن يشتريها بشرط بقائها فلا يصح البيع وأن يبيعها بشرط القطع فى الحال فيصح بالاجماع لأن المنع فى الأولى كان خوفا من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها الثالث أن يبيعها من غير اشتراط البقاء أو القطع فالبيع باطل وبه قال مالك والشافعى وأجازه أبو حنيفة لأن إطلاق العقد يقتضى القطع وكذا بالنسبة لبيع الزرع الأخضر فى الأرض أما إذا بدا صلاح الثمرة والخضر جاز بيعها مع اشتراط إبقائها إلى الجزاز وبشرط قطعها وهو مذهب مالك والشافعى وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز مع اشتراط بقائها خلافا لمحمد بن الحسن منهم . هم يرون أن هذا الشرط فيه انتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز أما دليل الجواز

---

(١) المبسوط جـ ١٢ ص ١٩٥ — ١٩٦ البدائع جـ ٥ ص ١٣٩ — ١٧٣ ، الزيلعى جـ ٤ ص ١٢ ، المغنى جـ ٤ ص — ٨٠ — ومابعدها ومقدمات ابن رشد حـ ٢ ص ٢٢١ وما بعدها

نضج البعض دون البعض

فما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمن العاهة، وهذا يدل على أنها إذا كانت بحالة لا تصاب بعدها بعاهة جاز إبقاؤها.

د — وعلى هذا لو كانت حديقة فيها شجر به ثمر بدا صلاحه ومعه فى نفس الشجر ثمر لم يبد صلاحه هل يجوز بيعه مع اشتراط التبقية؟ يرى البعض جواز ذلك إذ العبرة بالغالب ولأن اشتراط بدو صلاح الثمر جميعه فيه مشقة على الناس فى معاملاتهم كما يؤدى إلى الاشتراك فى الشجرة الواحدة وتعدد الأيدى وفى الشركة على هذا ضرر بهما.

وعلى كل فقد صار للناس فى عصرنا الحاضر خبرة فى التقدير ومعرفة لا تختل فوق أن الناس قد تعارفوا على ذلك وارتفع الغرر مع الخبرة فانتفت العلة التى من أجلها شرع المنع عند من قال به . .

— ٣ — تعيين محل العقد بما يرفع الجهالة

٣٠٩ — أن يكون محل العقد متعينا بما يرفع الجهالة المفضية للضرر :

اتفق الفقهاء جميعا على اشتراط تعيين محل العقد بما ينفى الجهالة الفاحشة منعاً للغرر والنزاع بين طرفى العقد وجعل الأحناف العرف حكما فى أن الجهالة فاحشة أو يسيرة . إذا كان محل العقد مجهولا كأن يتم التبايع على ساعة من غير بيان نوعها أو قطن من غير بيان صنفه أو شاة من قطيع غنم ،أو كان يستأجر سيارة للتريض ولم يحدد لها وقتا ولا موعدا فكل هذا يؤدى إلى التنازع لأن فيه جهالة فاحشة(١) .

الجهالة الفاحشة فى الجنس أو فى القيمة

وقد تكون الجهالة الفاحشة فى جنس محل العقد كأن يبيع تاجر لآخر كل ماله فى محل التجارة من غير أن يعرف المشترى ما فيه من الأصناف والأنواع ، وقد تكون الجهالة الفاحشة فى قيمة محل العقد كأن يبيع شخص لآخر شاة من غنمه — مع تفاوت قيمها — من غير تحديد لهذه الشاة ، أو أن يبيع تاجر أصواف لآخر ثلاثة أمتار من الصوف من غير تعيين للصوف مع تفاوت قيمه . ففى كل هذا جهالة تفضى إلى التنازع وتجعل المحل غير متعين

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ١٩٥ — الزيلعى جـ ٤ ص ٦ — ٧

الجهالة اليسيرة

تعيينا تاماً فلا ينعقدشيء من هذه العقود. أما إذا كانت الجهالة يسيرة لاتفضى إلى النزاع والعرف جرى على التعاقد مع وجودها كأن يبيعه مائة برتقالة من نوع معين، أومائة بيضةدجاجة مع تفاوتها فى الأحجام فيتم العقدمعها(١)

ماتعين المحل متعينا

٣١٠ — ما يتعين به محل العقد : ويتعين محل العقدو تنتفى عنهالجهالةو يصير معروفا للمتعاقدين إما برؤيته وقت العقد ، وإما برؤيته قبل العقد بوقت لا يحتمل معه تغيره ، أو برؤية شىء منه إن كان متماثل الآحاد والأجزاء ورؤية البعض تغنى عن رؤية الكل كأن يعطيك تاجر أقمشة قطعة صغيرة لمعاينتها والتعاقد على أساسها أو قدرا من صفيحةمسلى أو زيت أو من قطن أو حب معبأ وهكذا كما يتعين محل العقد من غير رؤيته ولا رؤية جزء منه وإنما بوصفه وصفاً دقيقاً يظهره للمشترى إن كان محل العقد ليس فى متناول يدهم فى مكان التعاقد كأن يكون قطناً مثلا فيذكر البائع نوعه ورتبته ودرجة نظافته إلى غير ذلك مما يصير به محل العقدمعلوما متعينا .هذا بالنسبة لجميع عقود المعاوضات اتفاقا لأنها مبادلات مالية يراعى فيها الموازنة بين الشىء وعوضه أما عقود التبرعات

عقود التبرعات وهذا الشرط

فإن الأحناف وإن كانوا يشترطون فيها أيضا تعين المحل إلا أنهم يغتفرون فيها من الجهالة مالم يغتفروه مطلقاً فى عقود المعاوضات وبعد الأحناف نجد الشافعية والمالكية على طرفى نقيض فى هذا فبينما نجد الشافعية يشترطون هذا فى عقود التبرعات ولا يفرقون بينها وبين عقود المعاوضات فى شىء إذ بنا نرى الفقه المالكى عكس ذلك فلم يشترطوا لتمام عقود التبرعات تعيين محلها وأجازوا فيها ـ كما يحدثنا القرافى ـ المعلوم والمجهول لأنها إحسان صرف(٢)

جهالة المحل وعقود التبرعات

وهى عقود لا تتم إلا بالقبض فالجهالة لا تفضى إلى منازعة .ولعل الأحناف كانوا أولى بهذا من المالكية خصوصاً لأن عقود التبرعات غير ملزمة للمتبرع ويصح أن يرجع فيها حتى بعد تمام القبض مالم يحدث مانع يمنع الرد على

---

(١) راجع البدائع ج ٤ ص ١٧٩ .

(٢) الفروق للقرافى ج ١ ص ١٩٤ .

تفصيل فى ذلك موضوعه فى الهبة والعارية (١)

— ٣ — قبول المحل لحكم العقد

٣١١ — أن يقبل المحل حكم العقد الذى رتبه الشارع : واتفق الفقهاء أيضا على أن يكون محل العقد لم ينه عنه الشارع أو كما يقول صاحب البدائع[٢] . « أن يكون مالا فلا ينعقد بيع الحر لأنه ليس بمال وكذا بيع أم الولد إلى آخره » . فإذا كان محل العقد حرا فلا ينعقد وإذا كان محل العقد لا يقبل الأثر المترتب على العقد فى شريعة أحد المتعاقدين كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم كما قلنا وكعدم قابلية المسجد للبيع ، وكذلك إذا كان محل العقد منفعة مال أو منفعة ما ليس بمال أو كان عملا فإنه يجب أن يكون كل ذلك مشروعاً لم يرد عليه نهى الشارع وقد سبق بيانه ، وقد تناول بعد ذلك صاحب البدائع الكلام عن بطلان بيع ما اعتبره الشارع نجسا وما كان الأصل فيه اللهو والفساد . وساق لنا القاعدة التى يراها الإمام أبو حنيفة وهى أن كل شىء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه . . وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته

آلات الموسيقى والشطرنج

٣١٢ — التعاقد على آلات اللهو : تكلم صاحب البدائع عن آلات الملاهى . ومثل لها بالدف والمزمار ومن قبيلها جميع آلات الموسيقى : فالإمام أبو حنيفة يعتبرها أموالا إذ يمكن الانتفاع بها فيما هو مشروع كما فى الحروب فإن الموسيقى تبعث فى نفس الجند قوة وشجاعة وتشحذ هممهم وتقوى عزائمهم كما يفرق بها بين النكاح والسفاح وخالف فى ذلك الصاحبان ، ولم يجيزا بيع شىء من ذلك وقالا إنه لا ينعقد عليها عقد ، ومثل ما قيل فى آلات الموسيقى قيل فى بيع النرد والشطرنج ويقول الكاسانى صاحب البدائع « والصحيح ما قاله الإمام أبو حنيفه .

٣١٣ — بيع لبن المرضع ولبن المرضع منع بيعه أبو حنيفة ومالك وبعض الحنابلة لأنه مائع خارج من آدمية فأشبه العرق وأشبه سائر أجزائها ، وأجازه بعض الحنابلة وهو مذهب الشافعى لأنه ينتفع به ويفارق العرق لأنه لا نفع فيه ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها ولعل هذا الخلاف إنما يرجع إلى

(١) راجع كتابنا المال والالتزام من ص ٣٣٦ — ٣٥٦

(٢) جـ ٤ ص ١٧٩ . وراجع فى هذا نهاية المحتاج جـ ٣ ص ١٩ .

بيع لبن المرضع بعيدا عن الثدى وإلا فقد اباح الفقهاء عقد إجارة الظئر « المرضع » لإرضاع الصغير.

نقل الدم بعوض

٣١٤ — **التعامل على نقل الدم** : ولعلنا نستطيع أن نقيس على ذلك بيع « الدم » إذ الحاجة قد تدعو إليه عند إنقاذ جريح قد استنفذت جراحه جزءا كبيرا من دمائه وفى إباحته أكبر نفع وأعظم فائدة فمن أباح بيع لبن المرضع فقد أباحه لأنه ينتفع به فى إحياء الطفل ونقل الدم قد يتوقف عليه حياة الجريح وفى هذا ضرورة تدعو إلى إباحته. وعلى كل فالمسألة يجب أن تكون محل نظر.

ويمكن أن يقاس على هذا أيضا سلخ قطعة من جلد من جسم إنسان ليرقع بها جسم آخر شوهته الحوادث أو الأمراض ويقول ابن قدامة(١) « وسائر أجزاء الآدمى يجوز بيعها فإنه يجوز بيع العبد والأمة وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه

— ٤ — القدرة على تسليمه

٣١٥ — **أنه يمكن تسليم المعقود وقت التعاقد** : فلا بد أن يكون المتعاقد قادراً على تسليم محل العقد للآخر ولو حكماً كما تبيع للغير بضاعة لم ترد بعد، وجميع العقود فى ذلك سواء عند غير الإمام مالك الذى استثنى عقود التبرعات، ولم يشترط فيها القدرة على التسليم، وأجاز التعاقد عليها من غير اشتراط وجودها وقت العقد كما سبق بيانه، ومن غير قدرته على تسليم المتبرع به مع وجوده أيضا ولذا انعقد عنده العقد وتم الالتزام لو تبرع شخص ببعيره الشارد وما كان ذلك عند مالك إلا لأن عقود التبرعات ليست فيها مبادلات مالية يترتب على عدم التسليم نزاع بين المتعاقدين وغرر.

---

(١) راجع المغنى ج ٤ ص ٢٦٠ والبدائع جـ ٥ ص ١٤٥ ففيه « لا ينعقد بيع لبن المرأة فى قدح عندنا لأنه ليس بمال ولا ينتفع به إلا للضرورة وهى تغذية الطفل من الثدى، ولأنه جزء من الآدمى وهو بجميع أجزائه محترم وليس من الكرامة ابتذاله بالبيع، وقال الشافعى يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر» وبذا تجد الخلاف على بيعه منفصلا عن الثدى وأن تعليل بيعه بالارضاع لضرورة إحياء الطفل ومنه تأخذ جواز أخذ الدم من جسم الإنسان بواسطة الانابيب وحقن الغير بها وأخذ قطعة الجلد من جسم لترقيع بها جسم الاخر لضرورة الإحياء . .

المباح لا يصلح محلا للتعاقد

٣١٦ – هل يصح التعاقد على الاستيلاء على المباح : ولا يصح التعاقد على المباح قبل حيازته إذ هو غير مقدور على تسليمه وقت التعاقد لأنه حين ذلك كان مباحا ويستوى فيه حق المتعاقدين على السواء مادام لم يدخل فى حيازة أحد ، ولأن التعاقد على نفس الاستيلاء عليه وحيازته فيه غرر وجهالة تفضى إلى المنازعة وفيها مقامرة يمنعها الشارع فلا يجوز أن يبيع الصائد السمك فى الماء ولا الطير فى الهواء ولا الحيوان فى الصحراء ، ولا يجوز أن يكون التعاقد على أن يطرح الصائد الشبكة فى الماء أو الهواء فما جاء فيها فهو للمتعاقد ولا يصح أن يكون التعاقد على أن يطلق الصائد مقذوفا من آلته فما أصابه المقذوف من طير فهو له . لأن فى هذا مقامرة وفيه جهالة تؤدى إلى التنازع كما لا ينعقد عقد تبرع بشىء من ذلك عند غير المالكية وإليك ما يقوله صاحب الهداية(١) فى الفقه الحنفى « ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد ولا فى حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم ، ولا بيع الطير فى الهواء ، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم . . ثم يقول بعد ذلك « وضربة القانص . وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررا » .

محل العقد فى القانون

٣١٧ – محل العقد فى القانون : هذا موجز لما يراه الفقهاء فى محل العقد . أما القانون فقد تناول هذا الموضوع فى المواد ١٣١ إلى ١٣٥ وقد عرف الدكتور السنهورى(٢) محل الالتزام بأنه الشىء الذى يلتزم المدين القيام به.

---

(١) جـ ٣ ص ٣٥ وراجع فى ذلك الفتح والعناية جـ ٥ ص ١٩١ – ١٩٢ ثم ص ١٩٤ ١٩٥ وفيها ما نقله صاحب الفتح وصاحب العناية : قال فى تهذيب الأزهرى نهى عن ضربة الغائص . وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجه من اللآلىء فهو لك بكذا . فهو بيع باطل . لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا ، ولجهالة ما يخرج . وراجع فى هذا أيضا البدائع جـ ٥ ص ١٤٧ . وراجع أيضا بيع الغرر فى مقدمات ابن رشد جـ٤ من ص ٢٢١

(٢) راجع الوسيط من ٣٧٥ الى ص ٤١٣ . ويقول الأستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت فى كتابه مصادر الالتزام (الشروط التى يجب توافرها فى محل الالتزام ثلاثة أن يكون ممكنا ومعينا أو قابلا للتعيين وأن يكون مشروعا أى غير مخالف للنظام العام والآداب » مراجع الموضوع من ص ١٩١ إلى ٢١٠ .

والمدين يلتزم إما بنقل حق عيني . أو بعمل ، أو بالامتناع عن عمل ، وتكلم عن الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام والتى تؤخذ من نصوص القانون الجديد فى المواد الخمسة المشار اليها فيشترط القانون أن يكون :

١ ـ المحل موجودا إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو يكون ممكنا وجوده فى المستقبل إن كان عملا أو امتناعا عن عمل . ولعل القانون الجديد ١٩٤٨/١٣١ الذى نحن بصدده قد انحرف عن الرأى السائد المعروف من قواعد الفقه الإسلامى فنص صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ١٣١ « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا » بعد أن كان القانون القديم خلوا من هذا النص بل إن المادة (٣٣٠) من القانون المدنى المختلط القديم تنص على « أن بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل » ومع هذا فالقانون الجديد فيما اتجه إليه يقرب مما ذهب إليه ابن القيم وابن تيمية فى جواز التعاقد على المعدوم وقت العقد مادام يتعين بما يمنع الغرر . والقانون وإن أجاز التعاقد على شيء معدوم وقت التعاقد إلا أنه نص على بطلان العقد إذا كان المحل مستحيلا المادة (١٣٢) والتعامل فى تركة المورث قبل وفاته ولو برضاه إلا فيما نص عليه القانون ف ٢ م ١٣١ .

٢ ـ أن يكون محل الالتزام معينا بذاته وإلا فبنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا إلى غير ذلك مما جاء فى المادتين ١٣٣ ، ١٣٤ فإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته يرجع إلى العرف أو إلى أى ظرف آخر يعين المحل فى درجته وإلا فيلتزم المدين بالمتوسط .

٣ ـ أن يكون محل الالتزام قابلا للتعامل ، إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا ، م ١٣٥ فلا يصح أن يكون الشيء محلا للالتزام إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع .

ومن الواضح أن القانون لم يشترط فى المحل أن يكون مقدورا على تسليمه وقت التعاقد لأنه قد أجاز التعاقد على محل غير موجود وقت العقد وإنما يوجد فى المستقبل .

القسم الثانى

العـــــاقد

الفصل الأول

الأهليـــــة

العاقد ٣١٨ — **العاقد** : هو الذى يباشر إجراء صيغة العقـد سواء أكان عقـداً بالمعنى العام أم الخاص ، وسواء أكان يعقد لنفسه أم لغيره وسواء أكان له ولاية على هذا الغير فى إصدار هذا التصرف أم لا . ولذا لزم أن نتكلم عن ١ — الأهلية التى تخول للشخص حق التعـاقد وتجعل عبارته صحيحـة معبرة ٢ — وعن ما يعترض هذه الأهلية من موانع ٣ — وعن الولاية التى تجعل عبارة الشخص نافذة وملزمة يترتب عليها أثرها الشرعى ٤ — ثم نتكلم عن الفضولى :

الأهلية ٣١٩ — **الأهلية** : الإنسان من يوم ظهوره فى الحياة تثبت له أهلية فتجب له وعليه الحقوق ويتدرج فى هذه الأهلية حتى يكون صالحاً لصدور الفعل منه على وجه يعتـد به ويكون أهلا للإلزام والالتزام . لذلك قسم الفقهاء وعلماء الأصول منهم خاصة الأهلية إلى قسمين القسم الأول أهلية الوجوب. القسم الثانى أهلية الأداء .

أهلية الوجوب ٣٢٠ — **أهلية الوجوب** : أهلية الوجوب هى صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ، أو هى وصف يصير به الإنسان أهلا لمـا له وعليه (١) ، ولا يبعد عن ذلك تعريف رجال القانون لها (٢)، وسميت بذلك

---

(١) راجع التلويح والتوضيح فى أصول الفقه جـ ٣ ص ١٥٢

(٢) وشرح القانون للمرحوم فتحى زغلول ص ٢٦ « الأهلية نوعان : أهلية وجوب » وأهلية أداء ، وأهلية الوجوب هى كون الإنسان محلا لأن يكون له حق أو عليه حق .=

لأنهاتتعرض لما يجب للشخص ، ومايجب عليه من ناحية أصل الحق والالتزام وهى موجودة فى كل إنسان فى جميع أطواره من بدء ظهور الحياة فيه حتى انتهائها منه فهى ملازمة لوجود الروح فى الجسم من غير نظر إلى عقل وتمييز أو غير ذلك . وقال الفقهاء : إن أهلية الوجوب تنبنى على تحقق الذمة وقيامها بمن تثبت له الأهلية .

الذمة

٣٢١ — الذمة : فى اللغة هى العهد إذ الذم يلحق بمن ينقض العهد (١) . وعرفها الفقهاء فى الشريعة « بأنها وصف يصير به الإنسان أهلا لما له وما عليه (٢) »، وهذا الوصف ينشأ ويتولد عن العهد كأن نتعاهد مع أهل الذمة فإنه يتولد عن هذا العهد وصف يجعلهم أهلا لأن يجب لهم مالنا وأن يكون عليهم ماعلينا فالعهد هو المصدر الذى تنشأ منه الذمة . وهذه الذمة التى تنشأ من العهد تعتبر كسبب لصلاحية الإنسان للوجوب وأن يثبت له أهلية الوجوب . ويقول فخر الإسلام البزدوى (٣) ، « الذمة نفس لها عهد وأن الآدمى لا يخلق إلا وله هذا العهد والذمة ، أى لايخلق إلا وهو أهل للإيجاب والاستيجاب ، بناء على العهد الذى جرى بين الرب والعبد كما تشير إليه الآيات الكريمات . « وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم

= وأهلية الوجوب أصل فى أهلية الأداء » وراجع أيضا الوسيط للدكتور السنهورى من ص ٢٦٥ إلى ٢٧٨ فيقول « أهلية الوجوب (capacité-de. jouissance) هى فى الواقع الشخص ذاته منظورا إليه من الناحية القانونية فالشخص سواء أكان طبيعيا أم اعتباريا ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات فكل إنسان شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب وتثبت له من وقت ميلاده بل قبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنينا إلى وقت موته بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه) والمادة رقم ٢٩ تنص « تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهى بموته ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون .

(١) « ونفسر الذمة بالعهد وبالأمان والضمان أيضا . وسمى المعاهد ذميا نسبة إلى الذمة بمعنى العهد . » اهـ مصباح .

(٢) تنقيح الحامدية جـ ٣ ص ١٥٢ .

(٣) كشف الأسرار جـ ٤ ص ٢٣٨ .

وأشهدهم على أنفسهم» ، « وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه »،« إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان » فقد ثبت للناس جميعاً بسبب هذ العهد ذمة كانوا بها أهلا للوجوب فالذمة والأهلية على هذا كلاهما من خصوصيات الإنسان فلا يثبتان لسواه كما لا يثبتان له قبل وجوده حياً وتنتهيان بانتهاء حياته (١) فمن هذا يفهم أن الأهلية والذمة لا تثبتان إلا الإنسان وله نفسه فلا يثبتان للإنسان قبل ولادته ولا بعد وفاته ،وبالتالى لغير الإنسان بشخصه فلا تثبت على هذا الذمة وأهلية الوجوب للشخص الاعتبارى بل ويصرح الفقهاء بأن الوقف لا ذمة له .وقد أنكر بعضهم وجود وصف الذمة وافتراضها ويرون أنه لا ضرورة لذلك إذ يكفى تمكين الشارع للدائن من استيفاء حقه من المدين ، ولا ضرورة للقول بأن لى فى ذمة فلان كذا.

الفقهاء والشخصية المعنوية

٣٢٢ — الفقه الإسلامى والشخص الاعتبارى : وعلى كل فإن كان مايفهم من الكلام السابق أن الفقه الإسلامى لا يعترف بالشخصية المعنوية لأن الأصل فى الذمة وأهلية الوجوب أنهما من خصائص الإنسان . فإن هذا الأصل غير مطرد (٢) لوجود أحكام كثيرة فى الفقه الإسلامى لا تقوم إلا على أساس الذمة وأهلية الوجوب الحكميتين ، أو بمعنى آخر إلا على أساس وجود شخص اعتبارى . فقد أجازوا الوصية والوقف على من لم يخلق ، وأثبتوا الإرث للجنين متى تحقق أو غلب على الظن وجوده فى البطن عند موت المورث ، وقالوا بعودة الملك الذى زال عن الميت فى حياته إليه بعد موته كالوقف يتخرب أو يستغنى عنه فإنه ينتهى وتعود ملكيته إليه فإن كان ميتاً انتقل إلى ورثته ، وأبقوا للميت على ملكه من تركته مايحتاج إليه فى تكفينه وتجهيزه ودفنه . كما أبقوا على ملكه أيضا من تركته مقدار

(١) الفروق للقرافى ج ٣ ص ٢٥٢ .

(٢) راجع شرح قانون الوقف لأستاذنا الجليل الشيخ فرج السنهورى ص ٨٢١ — ٨٢٣ لفقرة ٥٥٥ .

ما يحتاج إليه فى سداد دينه وتنفيذ وصاياه، ويبقى الموصى به على ملكه بعد موته حتى يقبل الموصى له ، وأبقوا ذمة المتوفى مشغولة بالدين إذا كان له مال

إعترافهم بها فى فروعهم

وهناك فوق ذلك مايفرض لبيت المال ، وما يجب على بيت المال، وهناك الأرض الموات والركاز والطرق والقناطر والمنشئات العامة . كل هذا لجماعة المسلمين وهم ليسوا أفرادا بأعيانهم وهناك بيت المال فهو وارث من لا وارث له ، وتجب فيه نفقة الفقراء الذين لا يوجد لهم من تجب عليهم نفقتهم ، وهذه المنشآت العامة من ترع ومصارف وطرق فإن كريها وإصلاحها يفرض فى بيت المال وقالوا أيضا إن اللقطة إذا كانت فى حاجة للإنفاق عليها وإلا هلكت أنفق عليها من بيت المال وكان ما أنفق دينا على صاحب اللقطة لبيت المال ، وهذه الصدقات قد بين القرآن مصارفها . وهى طوائف ، وحظ كل طائفة وجب لمجموعها «إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها .. الآية»، وقالوا بجواز الوصية والوقف على الجهات والفقراء والمساجد والمستشفيات وكل ما يعود نفعه على العامة ، وقالوا فى الوصية والوقف على المسجد يكون ملك العين وغلة الوقف للمسجد مع أنه ليس إنسانا ، وقالوا إن الوقف إذا عقد الناظر إجارته لآخر ثم مات الناظر أو عزل لا تفسخ الإجارة مع أن هلاك أحد العاقدين فى عقد الإجارة فاسخ لها . وعللوا ذلك بقولهم « إن المؤجر هو الوقف لا الناظر » فإنهم من كل هذا يثبتون من غير شك ذمة اعتبارية وأهلية وجوب مفترضة .

مايجب للحيوانات

٣٢٣ — باقى الحيوانات وأهلية الوجوب : لا نكتفى بما بيناه من قبل على لسان الفقهاء من إثباتهم لأهلية الوجوب بالنسبة للشخص الاعتبارى فحسب بل نسوق إليك ماقالوه من أن نفقة البهيمة واجبة على مالكها ديانة وقال مالك والشافعى وأحمد وأبو يوسف من الأحناف إنها واجبة عليه ديانة وقضاء وتكون بدعوى حسبة (١) ترفع ضده من أى شخص فيأمره القاضى

(١) راجع فى ذلك المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٦٣٤ — ٦٣٥ فتح القدير ج٣ ص ٢٥٦ الهداية ج٢ ص ٤١ ، الاختيار شرح المختار ج٢ ص ٢٥٠ . وماتقوم به جمعية الرفق بالحيوان الآن يشبه ذلك .

بالإنفاق عليها والإحسان إليها فإذا لم يأتمر بأمر القاضى باعها عليه جبرا . وبذا تكون للحيوانات حقوق ثبتت لها ديانة وقضاء وما هذا إلا قول بأن لها أهلية وجوب أيضا ويؤخذ هذا من عموم قوله تعالى « وما من دابة فى الأرض إلا على الله رزقها » ومن قول الرسول عليه السلام عذبت امرأة فى هرة سجنتها حتى ماتت فدخلت فيها النار لاهى أطعمتها وسقتها ولا هى تركتها تأكل من حشاش الأرض ».

وبعد فما تقدم نتبين أن الفقهاء إذا نفوا الذمة وأهلية الوجوب عن غير الإنسان المعين ، فإنهم لا ينفون إلا الذمة والأهلية الحقيقيتين اللتين تنشآن عن العهد والعقد ، ولا يعنون الذمة والأهلية الاعتباريتين. وما دام فقهاؤنا يقولون بذلك ويعتبرون الجهات فى الوجوب لها وعليها فإنهم قائلون حتما بالشخص الاعتبارى بأوسع المعانى .

هذه نظرة الفقهاء فى أهلية الوجوب والذمة والشخصية الاعتبارية . أما رجال القانون فقد سبق أن بينا تعريفهم لأهلية الوجوب وأنها لاتخرج عن تعريف الفقهاء لها ، وكذلك فهم يعبرون عن الذمة بالشخصية القانونية ومنهم من يرى أهلية الوجوب والشخصية القانونية أمرا واحدا فأهلية الوجوب هى ذات الشخص منظوراً إليه من ناحية القانون ومنهم من يرى أنهما أمران مختلفان(١) . وعلى كل فأهلية الوجوب قسمان ناقصة ، وكاملة :

أهلية الوجوب

٣٢٤ — **أهلية الوجوب الناقصة** : تكون ناقصة فى الجنين قبل ولادته بشرط أن ينفصل حيا ، وإنما كانت ناقصة بالنسبة للجنين لأنه يحتمل الحياة، ويحتمل الموت قبل وجوده فى الدنيا ، ولولا وجوده فى الحياة فعلا أو حكما لما ثبتت له أهلية مطلقا . ومعنى كون أهلية الوجوب ناقصة ، أنه يجب له الحقوق

---

(١) راجع الوسيط للدكتور السنهورى ٢٦٦ وما بعد . « وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب لأن الشخصية الاعتبـارية ليست فى الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

التي لا تحتاج إلى قبول كالوصية والاستحقاق في الوقف، وثبوت النسب لأن هذه تصرفات انفرادية تنشأ بإرادة المقر وحده، وكذلك فيثبت له حق الإرث، والوراثة خلافة عن المورث، وكذا تثبت الوصية استحسانا من غير حاجة إلى قبول. وفي هذا يقول الفنري على التلويح(١) «إن الجنين قبل الانفصال عن الأم جزء منها من جهة أنه ينتقل بانتقالها، ويقر بقرارها. ومستقل بنفسه من جهة التفرد بالحياة والتهيؤ للانفصال فيكون له ذمة من وجه حتى يصلح لوجوب الحقوق له كالإرث والوصية والنسب» أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول فإنها لا تثبت للجنين لأنه ليست له عبارة مطلقا، وليس له في الفقه الإسلامي ولي عليه، ولا وصي حتى يقبل عنه الهبة. وإن كانت الشريعة الإسلامية أجازت إقامت أمين ليحافظ على مال الجنين. إلا أن هذا الأمين ليس له حكم الوصي، ولا يملك التصرف باسم الجنين... «ولا يصلح لوجوب الحقوق عليه حتى لو اشترى الولي للجنين قبل الانفصال عن الأم شيئا لا يجب عليه الثمن(٢)». فالجنين إذا ليس أهلا لأن تجب عليه الحقوق ولا يثبت له منها ما يحتاج الى قبول. وقانون المحاكم الحسبية ٩٩ لسنة ١٩٤٧ نصت المادة الثالثة منه على تعيين وصي على الجنين ليحافظ على ماله، ثم جاء قانون الولاية على المال رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ بعد ذلك بصحة نصب الوصي على الحمل ليقبل الهبة هذا وقد جاء في مذهب مالك جواز صحة الهبة للجنين.

لا يجب عليه ولا يثبت له ما يحتاج إلى القبول

هل للجنين وصي

٣٢٥ — **أهلية الوجوب الكاملة**: فإذا انفصل الجنين من بطن أمه حياً فإنه يستقبل في مستهل حياته أهلية وجوب كاملة وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له أو عليه الحقوق والواجبات، وأهلية الوجوب هذه تثبت لكل إنسان كما بينا من قبل من وقت ولادته حتى مماته. والكل في ذلك سواء. الصبي، والبالغ والعاقل والمجنون والحر والعبد، والرجل والمرأة. غير أن أهلية الوجوب رغم كمالها بعد الولادة فهي لا تجعل الإنسان صالحا للتعامل

— ب — كاملة بعد الولادة حيا

---

(١) و (٢) الفنري على التلويح ج ٣ ص ١٥٦.

فلا يكون لصاحبها حق التعاقد والالتزام بنفسه إلا إذا كانت له أهلية أداء (١) فأهلية الوجوب لاتتعلق بالتعامل مطلقا . إذ الذى يجعل الشخص أهلا للتعامل والتعاقد . هى أهلية الأداء . يقول الفنرى على التلويح (٢) « وأما بعد الانفصال عن الأم فتصير ذمته مطلقة لصيرورته نفسا مستقلة من كل وجه . فيصير أهلا للوجوب له وعليه حتى كان ينبغى أن يجب عليه كل حق يجب على البالغ . إلا أنه لما لم يكن أهلا للأداء لضعف بنيته اقتصر على مايمكن أداؤه عنه »

— ٢ — أهلية الأداء

٣٢٦ — **أهلية الأداء** : هى كما يقول علماء الأصول « صلاحية الشخص المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعا » (٣) . ونستطيع أن نقول إنها صلاحية الشخص للالتزام بعبارته وأن يطالب غيره ويطالبه الغير بما تم عليه التعاقد من أثار والتزامات . وأهلية الأداء هى الأصل فى الإنسان الصحيح الكامل ويصح أن نعبر عن هذا النوع من الأهلية بأنه أهلية التعامل وسميت بذلك لأنها تتعرض لأداء الحقوق والالتزامات (٤) وإن كانت أهلية الوجوب أثرا من آثار الذمة ، فأهلية الأداء أثر من أثار

---

(١) المادة (٤٥) من القانون تنص « لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر فى السن أوعته أو جنون وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز .

(٢) الفنرى على التلويح جـ ٣ ص ١٥٦ .

(٣) وفى كون أهلية الأداء تتوقف عليها جميع التصرفات القولية والفعلية.أو التصرفات القولية فقط محل نظر بين الفقهاء والكتاب من القانونيين أيضا — راجع ماكتبة المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم مجلة القانون والإقتصاد السنة الألى من ص ٣٥٢ والسنة الثانية من ص ٦ وراجع الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ أبى زهرة ص ٢٧١ ، الأموال ونظرية العقد ص ٣٢١ للدكتور محمد يوسف — الموجز للدكتور السنهورى ص ٨١ ، النظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته ص ٧٠ .

(٤) وفى القانون أهلية الأداء « Capacité.d'exrcice » صلاحية الشخص لأن يباشر كسب الحقوق وإيجاب الالتزامات الوسيط للدكتور السنهورى ص ٢٦٨ الإلتزامات للدكتور حشمت ص ١٢٨ .

العقل(١) والتمييز . والتمييز هو الذى يجعل الشخص مدركا لعبارته فاهما مايقصد بها ، وينتج عنها فيعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ومن يفهم معانى الألفاظ ومدلولاتها ويدرك ذلك كان مميزا ، وقالوا إن الإنسان الطبيعى لايمكن أن يتميز هذه الأشياء ويفرق بينها قبل سن السابعة (٢) . والأساس فى وضع الأحكام دائما هى حالة المجموع لا حالة الفرد . ولذا كانت للإنسان مع أهلية الأداء أطوار مختلفة تختلف معه تبعا لاختلاف عمره الذى جعل مقياسا لتمييزه ، كما تختلف باختلاف سلامة عقله ، أو عدم سلامته . ولذا قسموا أهلية الأداء إلى ناقصة وكاملة فيقول صاحب التوضيح على التنقيح (٣) ، وأهلية الأداء قاصرة وكاملة ، فأهليـــة الأداء القاصرة تثبت بقدرة قاصرة ، وأهلية الأداء الكاملة تثبت بقدرة كاملة . والقدرة القاصرة تثبت بالعقل القاصر وهو عقل الصبى والمعتـــوه والكاملة بالعقل الكامل وهو عقل البالغ غير المعتوه » .

أهلية الأداء ناقصة وكاملة

٣٢٧ — الناقصة : قلنا إذا خرج الجنين إلى الحيـــاة يستقبل فى مستهل حياته أهلية وجوب كاملة تجعله أهلا لأن تجب عليه الحقوق وتثبت له الواجبات غير أنه مع هذا تكون عبارته لاغية ولا ينتج عنها التزام ، وإنما يباشر حقوقه وواجباته وليه أو وصيه . ويبقى هكذا من غير أهلية أداء لا كاملة ولا ناقصة حتى يبلغ سن السابعة . فإذا أتمها غير مدرك لهذه المعانى وفاهم لمدلولاتها أى فاقد التمييز بقى على حاله قبل السابعة وكان هذا عارضا يمنع اتصافه بأهلية الأداء مهما بلغ من العمر أما إذا أتمها مميزا ثبتت له أهلية

ناقصة فى الصبى المميز

---

(١) العقل جسم لطيف مضىء محله الرأس ، وأثره يقع على القلب فيصير القلب مدركا بنور العقل الأشياء » الإحياء للغزالى جـ ١ ص ١٤٥ .

(٢) وعلى ذلك جاء القانون المدنى المادة (٤٥) الفقرة الثانية .

(٣) التوضيح على التنقيح جـ٣ ص١٥٨ .

أداء ناقصة فوق ما هو متصف به من أهلية الوجوب الثابتة له من وقت ولادته ، ويستمر على ذلك حتى يبلغ رشيداً .

العقود بالنسبة له

٣٢٨ — حكم العقود بالنسبة لمن له أهلية أداء ناقصة : وهذه الفترة من عمره بين تمام السابعة مميزا وبين بلوغه رشيداً تكون العقود بالنسبة له ثلاثة(١) أقسام : ١ — ماينعقد صحيحا نافذا بعبارته وهي العقود النافعة نفعاً محضا له كقبوله الهبة والوصية ٢ — مالا ينعقد وتكون عبارته ملغاة وهي العقود التي ضررها محقق بالنسبة له كأن يضمن غيره في دينه أو يقرض شخصاً مبلغاً من المال أو يهب أحداً مبلغاً أو يوصي بشيء من ماله (٣). فلا ينعقد شيء من هذا حتى مع إجازة الولي والوصي ٣ — التصرفات المترددة بين النفع والضرر تنعقد على الراجح صحيحة إذا أذنه وليه وإلا فهي موقوفة ، وهذه كالبيع والشراء ، ونحوهما ، وكذا الزواج . يقول صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود في كتابه التوضيح على التنقيح (٢) . « وأما حقوق العباد فما كان نفعا محضا كقبول الهبة ونحوه يصح وإن لم يأذن وليه ،

---

(١) راجع في ذلك كتب الأصول والفقه في مواضع مختلفة في العقود وفي الأهلية أما القانون فالمادة (٤٦) تنص كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون وقسم الدكتور السنهوري في الوسيط ص ٢٦٨ العقود من حيث الأهلية إلى أربعة أقسام ١ — عقود اغتناء كالهبة بالنسبة للموهوب له ٢ — عقود إدارة وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر ٣ — عقود تصرف كالبيع ٤ — عقود تبرع كالهبة بالنسبة للواهب فمن كان له أهلية أداء كاملة صلح لمباشرة كل هذه العقود ومن كان ناقصها صلح لبعضها كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الإغتناء والإدارة بمفرده ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرفات ولا يصلح أصلا لمباشرة عقود التبرع وأما إذا كانت الاهلية منعدمة كالصبي غير المميز فإنه لايصلح لشيء من هذه الأقسام الأربعة .

(٢) أما الوصية فالأحناف لا يجيزونها من الصبي المميز حتى مع موافقة وليه أو وصيه سواء أكانت لجهة برأم لا . راجع البدائع ج ٧ ص ٣٣٤ ، والتوضيح ج ٣ ص ١٦١ هذا وقانون المحاكم الحسبية يجيز للقاصر أن يوصي بإذن من المحكمة الحسبية .

(٣) التوضيح على التنقيح ج ٣ ص ١٥٩ .

وما كان ضررا محضا كالطلاق (١) والهبة والقرض ونحوها لايصح منه وإن أذن الولى ولا من الولى نفسه ، وما يتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما يصح بشرط رأى الولى ... » وإنما كان ذلك ليتعود على التصرفات والعقود وتتكون له شخصية تحت إشراف وليه أو وصيه .

الإذن بما فيه غبن فاحش

تصرف الصبى المميز وإذن وليه : لكن إذا أذن الولى أو الوصى . الصبى المميز بالتجارة فباع أو اشترى بما فيه غبن فاحش . هل يصح العقد وينفذ أم لا ؟ فالأحناف (٢) . يبطلونه لأن الصبى أستمد سلطة تصرفه من إذن وليه أو وصيه، فلا يملك أكثر مما يملكه من أذنه إذ هو لايملك هذا بنفسه أما إذا باع من غير إذن من صاحب الولاية بضعف ثمنه هل يجوز باعتبار أن النفع أصبح محققا ؟ . لايجوز تصرف الصبى المميز بغير إذن من له الولاية عليه مادام العقد مما يتوقف نفاذه على إجازة الولى مهما كان العقد سليما وأنتج مصلحة إذ العبرة فى اشتراط إذن الولى أن يلاحظ هل خروج المبيع نفسه من ملك الصبى فى صالحه أم لا مهما كانت قيمته ولأن رأى الولى شرط لجواز التصرف فلابد من صدور الإذن لينفذ التصرف لأن نفاذه متوقف عليه (٣) .

البيع المربح بغير إذن

الأذن قبل التصرف

٣٣٠ هل لابد من الاذن قبل التصرف: وإن كان الرأى الراجح أن تصرفات الصبى المميز تنعقد صحيحة إذا سبقت بإذن من وليه فى إبرامها كى يتحقق التفويض والاختيار الذى أشارت اليه الآية « وابتلوا اليتامى . . . » غير أنه قد روى عن الإمام أبى حنيفة . جواز مباشرة الصبى التصرف على أن يكون نفاذه موقوفا على إجازة الولى . إذ الإجازة اللاحقة كالإذن السابق (٤) . وإن كان الإمام الشافعى يرى أن جميع عقود الصبى فى هذه الحالة باطلة لأن العقد

(١) يرى شمس الأئمة السرخسى أن الطلاق واقع إذا دعت الضرورة إليه وكان فى صالح الصبى

(٢) وفى رواية عن الإمام أنه يجوز البيع بغبن فاحش لغير الولى لأن الصبى بالأذن يأخذ حكم البالغ واستثنى البيع للولى بغبن دفعا للشبهة . راجع فى هذا التفرى على التلويح ج٣ ص١٦١

(٣) راجع المصدر السابق ، والتوضيح على التنقيح ج ٣ ص ١٦٠ — ١٦١ .

(٤) المبسوط للسرخسى ج ٢٤ ص ١٨٢ .

عنده إما صحيح ، وإما باطل ، ولا يعترف بأن بعض العقود تنعقد موقوفا نفاذها على إجازة أحد آخر . لأن الولاية عنده من شروط انعقاد العقد . لامن شروط نفاذه كما يرى الأحناف وسيأتى بيانه .

الصبى المميز وإجازة وليه

٣٣١ — *حكمة توقف صحة تصرفه على الإذن* : وإنما كانت هذه الفترة بين بلوغ السابعة وبين سن البلوغ فترة اختبار ومران للصبى على الاتصالات المالية والتعاقد تحت رقابة المشرف عليه وبتوجيهه وإذنه قبل أن ندفع إليه ماله عند بلوغه رشيدا كى لا ينتقل دفعة واحدة من طور لاعبارة له فيها مطلقا إلى طور يكون له مطلق الحرية وكامل الأهلية ، ولذا نظر الفقه الإسلامى إلى الصبى المميز بعد أن ثبت له التمييز . وجعل له عبارة صحيحة معتبرة مستقلا بها ومستبدأ ما دامت فى تصرف ليس من طبيعته أن يكون محلا لتصور الضرر مطلقا ، ونظر لعبارته من ناحية أخرى فى العقود التى تحتاج إلى تفكير وتأمل وتحتمل النفع والضرر وتقبل المساومة ، وجعل عبارته فيها قاصرة تبعاً لأهليتـه القاصرة ، وكان لترددها بين النفع والضرر فى حاجة إلى أن تعضد عبارته القاصرة إرادة أخرى كاملة رشيدة وهى إجازة من له ولاية عليه . فلا عبرة بإجازة غير وليه الشرعى ، كما لا عبرة بإجازة وليه الشرعى فى تصرف لا يملك هو شخصيا أن يتصرفه فى مال الصغير كالبيع بالغبن أو مافيه إسقاط . ولذا نظر المشرع إلى الصبى من الناحية نفسها فأبطل تصرفاته الضارة كما بينا والله سبحانه يقول فى هذا(١) « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشـدا فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبدارا » .

---

(١) الابتلاء هو الإظهار ، وابتلاء يتيم إظهار عقله بدفع شىء من أمواله إليه لاختباره وإظهار قدرته على حفظ المال عند النوائب لأن الصبى لو عقل التجارة عقل النافع من الضار راجع البدائع ج ٣ ص ١٩٣ .

تكمل أهلية الأداء بالبلوغ عاقلا

٣٣٦ — **اكتمال أهلية الأداء** : فإذا بلغ الصبي الحلم عاقلا ثبتت له أهلية الأداء كاملة يقول صاحب التوضيح على التنقيح(١) « والسفه لا ينافي الأهليه ولا شيئاً من الأحكام . وأجمعوا على منع ماله فى أول البلوغ وسيأتى تفصيله فى السفه فإذا كان اختباره فى التصرفات . « وابتلوا اليتامى » أنتج أنه رشيد دفعت إليه جميع أمواله وزالت عنه الولاية أو الوصاية من غير توقف على إذن من القاضى أو على حكم منه(٢) لأن التعليق من الشارع كان على شرطى البلوغ والرشد فقط خلافاً لبعض الشافعية والمالكية .

البلوغ

٣٣٧ — **البلوغ** : والبلوغ يعرف بالعلامات الطبيعية التى تظهر على الصبي والفتاة مما هو معروف لنا . فإذا لم يظهر شىء من ذلك ولم يمكن معرفة بلوغه حكمنا على بلوغه باعتبار السن . فجعل الفقهاء السن فى هذه الحالة مظهراً للبلوغ وقال الإمام أبو حنيفة : إنه ببلوغ الفتى السابعة عشرة من عمره ، وبلوغ الفتاة الثامنة عشرة من عمرها . ويقول الصاحبان والشافعي وأحمد بن حنبل بأنه يكون ببلوغ الصبي أو الفتاة خمس عشرة سنة وهما فى ذلك سواء (٣) .

الرشد وتسليم المال

٣٣٨ — **الرشد** : هو الصلاح(٤) فى المال كما هو الراجح فى تعاريف الأحناف ويقرب من هذا المالكية والحنابلة . لكن الشافعية يرونه الصلاح فى الدين والمال معاً ، وعلى هذا فالفاسق عند الشافعية لا يعتبر رشيداً لأن عدم حفظه لدينه يمنع الثقة به فى حفظ ماله(٥) .

الرشد قبل البلوغ والبلوغ دون رشد

٣٣٩ — **الرشد قبل البلوغ ، والبلوغ دون رشد** : فإذا بلغ الصبي رشيدا سلمت إليه أمواله وأصبح كامل الأهلية لا ولاية لأحد عليه إلا ولاية

(١) ج ٣ ص ٢١٧ وقارن ذلك بما جاء فى كتاب الملكية ونظرية العقد ص ٢٧٧

(٢) المبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ١٦١ ، البدائع ج ٧ ص ١٧١ ، المغنى ج ٤ ص ٤٥٩

(٣) البدائع ج ٧ ص ١٧٢ .

(٤) الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٤ . المغنى ج ٤ ص ٤٦٧ .

(٥) وللظاهرية كلام فى هذا يمكن الرجوع إليه فى المحلى لابن حزم ج ٨ .

السلطان العامة ، وأصبحت عبـــارته صحيحة وإرادته كاملة لا خلاف فى هذا . أما إذا ثبت له الرشد قبل البلوغ بأن كان أظهر مهارة فى التجارة وخبرة قبل أن يبلغ البلوغ الطبيعى أو بالسن كما تقدم فلا تثبت له أهلية أداء كاملة وبالتالى فلا يدفع اليه أمواله وتكون العقود بالنسبة لتصرفاته على الوجه السابق . لأن كمال العقل عادة بالبلوغ ولأن الله يقول « ... حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا ... » فالأساس فى دفع المال إليهم إنما هو البلوغ أولا ، ولكن إذا بلغ الصبى عاقلا وكان غير رشيد وقد أثبت اختباره ذلك لا يسلم إليه ماله حتى يتحقق الرشد مهما طال الزمن عند الصاحبين ، فلا ترفع الولاية حتى يتحقق الرشد والبلوغ . أما الإمام فيرى تسليمه ماله إذا بلغ خمسة وعشرين سنة دون تحقق الرشد لأنه لا أمل فى رشده بعد . إذ الطباع والغرائز لا يمكن أن تتغير وفى هذا السن تكون قد أخذت مجاريها فى الجسم . وسنتكلم عن ذلك فى السفه .

الفقه لا يرى سنا للرشد

٣٣٦ – سن الرشد : فى الواقع أن الفقه الإسلامى لم يحدد للرشد سناً معينة لأنه مادام الرشد هو الصلاح فى المال وحسن إدارته . والناس فى هذا يختلفون لاختلاف البيئة وطبيعة الحيـاة ، واختلاف ظروفهم ومجتمعهم ومرانهم الشخصى . لذا لم تحدد الشريعة الإسلامية سنا معينا يكون الشخص عندها قد أصبح رشيدا وكل ما أمكن تحديده أن الشخص لا يكون رشيدا قبل البلوغ . أما القـانون المصرى فقـد استقر أخيرا من سنة ١٩٢٥ على تحديده بإحدى وعشرين سنة فتنص الفقرة الثـانية من المادة ٤٤ (وسن الرشد هى إحـدى وعشرين سنة ميلادية كاملة) (١) ولعل القانون المصرىساير فى هذا القانون الفرنسى والإنكليزى والألمانى (٢) .

الرشد فى القانون المصرى ٢١ سنة

(١) وهى عامة لجميع المصريين مسلمين وغيرهم ويحدثنا المرحوم الأستاذ فتحى زغلول فى كتابه شرح القانون المصرى ص٢٨ أن البلوغ القانونى كان مرادفا للبلوغ الطبيعى بلوغ العلامات أو بلوغ خمسة عشر سنة وفى سنة ١٨٩٦ حدد بثمانى عشر سنة هجرية

(٢) أما القانون الأسبانى فحدده بثلاث وعشرين سنة والسويسرى بعشرين والتركى بثمانى عشرة سنة

الفصل الثانى

عوارض الأهلية

٣٣٧ — عوارض الأهلية : إن الصبي قبل بلوغه رشيدا لا تثبت له أهلية أداء كاملة وبذا يكون الصغر نفسه مانعا لها على التفصيل السابق أما إذا بلغ الصبي رشيدا ثبتت له أهلية الأداء كاملة ويسلم إليه ماله وتنعقد عقوده لنفسه من غير خلاف . غير أنه قد يطرأ عليه ما يؤثر على الأهلية فيزيلها أو ينقصها ، أو يعرض له ما يحد من تصرفاته من غير تعرض لأهليته فيجعلها شبيهة بتصرفات ناقص الأهلية ، أو لا تحد من تصرفاته إلا بما فيه المحافظة على حقوق الغير . وقد تناول ذلك علماء أصول الفقه بالتفصيل الكثير ، وقسموها إلى عوارض سماوية تزيل العقل كالجنون أو تجعله مختلا كالعته ، ومنها ما هو باكتساب الإنسان نفسه وعمله كالسفه ، والسكر أو الدين أو النوم إلى غير ذلك ، مما ذكروه من النسيان والإغماء والرق ، وحالة مرض الموت ، والهزل ، والخطأ ، والإكراه ، وأخيرا فالموت نفسه مزيل للأهلية وقسموا العوارض المكتسبة نفسها إلى قسمين مكتسبة منه شخصياً كالدّين والنوم ، أو من غيره كالإكراه (١) وما دام الذى يعنينا هو ما يجعل الإنسان أهلا للتعاقد والالتزامات فسنقصر البحث على هذا . وقد سبق أن تكلمنا عن حكم العقد بالنسبة للنائم والسكران والهازل والمكره والمخطىء ، والمغمى عليه كما بينا حكم العقد بالنسبة للصبي والمجنون والمعتوه والسفيه — غير أننا هنا سنتكلم عن بعض هؤلاء الأشخاص .

عوارض الأهلية على وجه العموم

٣٣٨ — أهلية المرأة فى الإسلام : المرأة فى الإســـلام فى عقودها ومعاملاتها والتزاماتها لها الأهلية الكاملة التى للرجل . فلم يفرق الإسـلام

للمرأة ما للرجل من أهلية

---

(١) راجع ذلك إن أردت التوسعة فى التوضيح والتلويح ج٣ من ص ١٦١ إلى ص ٢٣٣

بينهما فى ذلك . وإن كان قد اختصها الله فى طبيعتها بما يجعلها غير أهل لبعض العبادات فى أوقات خاصة ، وبعض الفقهاء يبطل تصرفاتها فى مدة الحمل وفى الأيام الأخيرة منه لأنها فى حالة تخشى فيها الموت فهو عارض نفسانى يعتريها كما يعترى أى شخص عند إجراء عملية جراحية خطيرة ومع هذا فبعض الفقهاء لا يعتبر الحمل من عوارض الأهلية وخصوصا بعد أن تيسرت سبل الوضع أما من قال (١) من الفقهاء بأنها لا تباشر بنفسها عقد زواجها بمن ترضاه زوجا فإن هذا لم يكن لنقص فى أهليتها ولكن حفظا لكرامتها وصونا لها باعتبار أنها محل فى العقد وعلى كل فجمهور الفقهاء(٢) يعطونها جميع حقوقها المالية تستقل بتصرفها كيف تشاء لا سلطان لأحد عليها شأنها فى ذلك شأن الرجل حتى جعل لها الاستقلال المالى عن زوجها وهذه من ميزات الشريعة الإسلامية .

الجنون والعته

٣٣٩ — **الجنون والعته** : العته هو آفة توجب خللا فى العقل يجعل صاحبها مترددا فى أقواله وأفعاله بين العقلاء وبين من لا عقل لهم فمرة يكون كلامه كالعقلاء ومرة يشبه كلامه كلام المجانين ، ويتصرف تصرف العقلاء حينا ، وتصرف المجانين حينا ، فأصل العقل موجود عند المعتوه . بخلاف المجنون ولذا قالوا الجنون يشبه أول أحوال الصبا فى عدم العقل ، أما العته فإنه يشبه آخر أحوال الصبا فى وجود أصل العقل مع نقص فيه . فألحقوا الجنون بأول أحكام الصغر فى الأحكام ، والعته بآخر أحوال الصغر فى جميع

---

(١) يرى جمهور الفقهاء أن النكاح لا ينعقد بعبارة المرأة وإن كان لابد من رضاء البالغة الرشيدة ويرى الإمام أبو حنيفة وبعض أصحابه صحة انعقاد النكاح بعبارة المرأة البالغة الرشيدة إذا كان الزوج كفئا . ويرى محمد بن الحسن أن عقد كل من المرأة أو وليها يكون موقوفا على إجازة الآخر وقد ساق كل الأدلة على وجهة نظره . راجع كتاب النكاح فى كتب الفقه والتفسير والحديث .

(٢) يروى عن مالك فى إحدى روايتيه أنه يفرق بين الرجل والمرأة فى بعض مواضع فى أهلية التصرف .

الأحكام(١) ويقول الفنرى (٢). حكم العته حكم الصبا مع العقل وذلك لأن الصبي فى أول حاله عديم العقل فألحق به المجنون، وفى الآخر ناقص العقل فألحق به المعتوه، من هذا نعلم أن المعتوه غير المجنون فى الوصف وفى تصرفاته وأن المجنون يأخذ حكم الصبي غير المميز، والمعتوه إنما يأخذ حكم الصبي المميز.

لكن الكمال بن الهمام اعتبر المعتوه فى حكم المجنون إذا كانت تصرفاته تدل على ذهاب عقله وتمييزه واعتبره نوعا من الجنون الساكن، وإلا فإذا كانت تصرفاته تدل على غير ذلك أعطاه حكم الصبي المميز. ولذا تجد الكتاب (٣) يقسمون المعتوه إلى معتوه غير مميز وقالوا إنه يأخذ حكم المجنون ومعتوه مميز وقالوا إنه يأخذ حكم الصبي المميز — لكن لم لا نقصر المعتوه على الأخير ونعتبر الأول مجنونا جنونا ساكنا ولا نجعل أقساما المعتوه ونساير الفقهاء السابقين مادامت النتيجة واحدة. هذا والمجنون والمعتوه محجور عليهما بمقتضى الشرع من غير حاجة إلى حكم ولا يرتفع عنهما الحجر إلا بالإفاقة وزوال العلة إذا كانا قد ابتليا به بعد البلوغ. أما إذا جن الصبي أو أصيب بالعته فلا يرفع عنه الحجر بزوال العلة فقط عند البلوغ بل ومع إيناس الرشد عند من يراه (٤).

٣٤٠ — السفه: هو خفة تعترى الشخص فتحمله على العمل باختياره على السفيه

(١) الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام ج ٢ ص ٢٧٣، كشف الأسرار للنسفى ج ٢ ص ٢٦٤ التنقيح والتوضيح ج ٣ ص ١٦٦.

(٢) الفنرى على التلويح ج ٣ ص ١٦٦.

(٣) الملكية ونظرية العقد ص ٢٨٦، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٤٧، الأموال ونظرية العقد ص ٣٢٨، الالتزامات للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٣٥، الوسيط فى شرح القانون ص ٢٨٠.

(٤) أما القانون فالمادة ١١٤ أشارت فى الفقرة الأولى على أنه يقع باطلا تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » وفى الفقرة الثانية « أما إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها ».

خلاف موجب العقل رغم وجوده وهو لاينافى الأهلية (١) وقد اصطلح الفقهاء على تعريفه بعدم الإحسان فى تدبير المال وتبذيره على خلاف مقتضى الشرع والعقل ، ولو فى وجوه الخير والبر[٢] خلافا للشافعى والإمام أبى حنيفة فهما لايعتبران الإنفاق فى وجوه الخير سفها مهما أسرف فيه المنفق ، وعلة من يرى الحجر من الأحناف أن السفيه يحجر عليه للمحافظة على ماله وعدم إضاعته لأن الله تعالى يقول « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما .. » فلا تدفع إليهم إلا بعد أن يظهر رشدهم وحفظهم المال « فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم » فالحجر لحفظ ماله والنظر لمصلحته هو وأسرته . لكن الشافعى وأبو حنيفة يريان أن الحجر على السفيه عقوبة له وجزاء على إضاعة أمواله فى أوجه الشر والفجور ولذا لايعتبر من أنفق جميع أمواله فى وجوه الخير سفيها .

التبذير فى وجوه الخير

إذا بلغ سفيها

وإذا بلغ الصبى سفيها فلا خلاف فى منع ماله عنه بظاهر الآية أيضاً حتى يثبت له الرشد غير أن الإمام أبا حنيفة يرى أنه إذا بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يثبت رشده دفع إليه ماله ولو كان سفيها . ما دامت أهليته كاملة . لأنه يرى أن مال السفيه يمنع عنه تأديبا له وزجرا ، وبعد الخامسة والعشرين لايصلح معه التأديب إذ يصعب تغيير العادات والطباع واستدل بغير ذلك مما تجده فى كتب الأصول المشار إليها ـ ويرى الصاحبان وباقى الفقهاء أن مال السفيه لا يسلم إليه حتى يثبت رشده مهما بلغ عمره لظاهر الآية وخوفا على المال من الضياع . وعلى كل فهم متفقون على أن تصرفاته لاينفذ منها إلا ما كان فيه نفع له فى الفترة التى يحتجز فيها عنه ماله حسب الخلاف السابق .

أبو حنيفة لايحجر عليه إذا اعترضه بعد الرشد

٣٤١ — **الحجر على السفيه** : لكن إذا بلغ رشيدا وزالت عنه الولاية وتولى

(١) التوضيح والتلويح ج ٣ ص ٢١٧ . والدليل على كمال أهليته تكليفه بالعبادات جميعها ومؤاخذته على كل ما يرتكبه من جنايات وصحة وقفه ووصيته وزواجه وطلاقه .

(٢) راجع رد المحتار ج ٥ ص ١٤١ .

أمر نفسه ثم أصابه السفه بعد ذلك فماذا يكون الحكم؟ أما الإمام أبو حنيفة فلا يرى الحجر (١) على إنسان كامل الأهلية صحيح العبارة لأنه حر فى تصرفاته والذى يحاسبه عليها هو الله سبحانه وتعالى ، وفى الحجر إهدار لكرامته وأهليته الكاملة وكل ما ارتكبه السفيه أنه مكابر فى ترك الواجب فى الاعتدال فى الإنفاق . والذى يحدث إنما هو ضرر فى ماله . والحجر عليه ضرر له فى نفسه وضرر النفس أشد من ضرر المال . ويفرق بين من اتصل صباه بالسفه ومن اعترضه السفه بعد الرشد بأن السفه هنا ليس من آثار الصبا كما فى الحالة السابقة فهناك لم يثبت له الرشد مطلقا .

باقى الفقهاء يحجرون عليه ويجعلونه كالصبي المميز

ويرى الصاحبان وسائر الأئمة : أن السفيه يحجر عليه لأن الحجر للمحافظة على ماله حتى وإن كان فاسقا . ولأنه مادام يمنع عنه المال ليبقى فى ملكه ولا يزول بإتلافه فلابد من منع نفاذ التصرفات وإلا لبطل ملكه وزال ، ولأن فى منع تصرفاته فى ماله فوق المحافظة عليه محافظة على أموال بيت المال ودفعا لضرر الناس مخافة أن يتصرف ويستدين ولا يفى بما استدان بعد أن يزول ملكه ثم يصير عالة على بيت المال وكما يقول صاحب التنقيح (٢) «فيصير على المسلمين وبالا وعلى بيت مالهم عيالا» ، والله يقول «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا » وهذا عام فى كل سفيه ، ويقول الله تعالى « فإن كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » فعين القرآن للسفيه وليا إلى غير ذلك من الآيات والأحاديث الكثيرة (٣) .

---

(١) الحجر هو منع التصرفات القولية . التوضيح ج٣ ص ٢١٧ .

(٢) التوضيح على التنقيح ج ٣ ص ٢١٧ — ٢٢٠ .

(٣) ولقد كتب السرخسى فى مبسوطه ج٢٤ ص١٥٦ كتاب الحجر ، والبدائع ج٧ ص١٦٩ كتاب الحجر والحبس ، المغنى ج٤ ص٤٥٦ كتاب الحجر ، وراجع الوسيط للدكتور السنهورى ص ٣٨١ وما بعدها .

مبدأ الحجر ونهايته

٣٤٢ — بدء بطلان تصرفات السفيه وزوال السفه : ويأخذ السفيه عندهم فى تصرفاته حكم الصبى المميز إلا فى العقود الخمسة التى جعل الشارع فيها مجرد القصد يترتب عليه الأثر فطلاقه وزواجه صحيح ويجب عليه مالا يزيد عن مهر المثل ، وأجازوا وقفه على نفسه ومن بعده لذريته وكذا وصيته فى ثلث ماله (١) ، يقول القاضى أبو يوسف إن الحجر لا يكون إلا بحكم قضائى فتصرفاته كلها صحيحة نافذة حتى يحجر عليه فيصير سفيها وتبطل تصرفاته . لأن السبب متردد بين المحافظة على بقاء ملكه ، وبين ضرر الشخص نفسه بإهدار عبارته وإبطال تصرفاته فلا بد من ترجيح أحد العاملين على الآخر ، والذى يرجح هو القاضى ولكى لا يضار من عاملوه قبل أن تبين حالته . ويقول محمد بن الحسن إن الحجر إنما وجب للسفه نفسه فما دام السبب قد تحقق ووجد فلا حاجة بنا لشىء آخر لوجود المسبب وغير ذلك لو أجزنا تصرفاته قبل حجر القاضى لأمكنه أن يتلف أمواله ويبددها قبل صدور الحكم عليه ويرتفع الحجر من وقت حكم القاضى بزوال السفه على رأى أبى يوسف ومن وقت زوال السفه كما يرى محمد والمحكمة الحسبية هى المختصة الآن بنظر هذا ويكون من تاريخ الحكم فى إثباته وفى زواله .

ذو الغفلة ضعيف الإدراك

٣٤٣ — ذو الغفلة : — هو من لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة بسبب البساطة ،وسلامة القلب، مما يؤدى إلى غبنه فى المعاملات المالية ويأخذ حكم السفيه فى الحجر تمـــاما . والفرق أن ذا الغفلة ضعيف الإدراك فيغبن فى معاملاته ، بخلاف السفيه فإنه كما تقدم كامل الإدراك لكنه مكابر فى اندفاعه فى إتلاف المال فهو وإن كان بهذا ضعيف الإرادة فإن ذا الغفلة ضعفه فى الإدراك . والفرق واضح بينهما .

---

(١) والقانون المصرى فى مادتيه ١١٥، ١١٦ يتلاقى مع ماقاله الفقهاء غير أبى حنيفة .
هذا وضيق الوقت سيحول بينى وبين المقارنة مع القانون وشراحه حيث يجب أن أنتهى من إخراج الكتاب حول منتصف يناير سنة ١٩٥٥ كى تكون هناك فرصة للطالب .

٣٤٤ — الحجر بسبب الدين : (١) إذا استدان إنسان بدين مستغرق وحل موعد سداده وطلب غرماؤه الحجر عليه ، فالإمام لا يرى الحجر ويمنع الحاكم من أن يبيع عليه ماله جبرا عنه محافظة على حريته . ومع هذا فإنه يرى أن الحاكم يحبس المدين إذا ثبتت قدرته على سداد الدين ومطله ويبقى سجينا حتى يقضى دينه إذ فى حبسه مجرد عقوبة له لاستيفاء حق الغير بينما فى الحجر عليه وبيع ماله إهدار لعبارته وأهليته للتصرف . ويرى الصاحبان وباقى الأئمة الحجر عليه فيمنع من التصرفات والإقرارات الضارة بالغرماء مادام الدين يستغرق أمواله التى كانت فى ملكه وقت الحجر عليه . وأجازوا بيع ماله جبرا عنه وقسمته بين الغرماء وقد روى أن معاذا رضى الله عنه ركبته الديون فباع النبى صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص ، ولأن بيع ماله لقضاء دينه وهو مما يجرى فيه النيابة فينوب القاضى منابه (٢) لكن الصاحبين يريان أن الحجر هنا يكون من وقت الحكم القضائى فالدين وحده لا يقوم به حجر ولابد من قضاء القاضى ووافقهما الشافعى ، بينما نجد الإمام مالكا يرى أن الحجر يتم لمصلحة الدائنين من غير توقف على قضاء فيصح لهم إبطال أى تصرف له ، أو أى إقرار يضر بحقوقهم قبله . من غير توقف على قضاء لأن حق الغرماء قد تعلق بماله فهو سبب الحجر ولولا تعلق حق الغرماء به لما كان للحاكم أن يحجر عليه وعلى كل فالمدين لا يملك بعد الحجر أن يتصرف فيما كان مملوكا له وقت الحجر بأى تصرف ينتج ضياع شىء من هذه الأموال وإنما تكون تصرفاته المالية فيها موقوفة على إجازة الغرماء أنفسهم وبالتالى فتصرفاته معهم صحيحة (٣) سواء أكان تبرعا صرفا أم كان محاباة فى معاوضة، ومن الواضح أنه إذا أسقط أحد الغرماء حقه قبل المدين كان من

الحجر على المدين

الإمام يحبس المدين ولا يحجر عليه

الصاحبان يحجران بحكم القاضى

---

(١) راجع فى ذلك جميعه حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ١٠٠ وما بعدها .

(٢) التوضيح والتلويح ج ٣ ص ٢٢٠ — ٢٢٢ .

(٣) التوضيح والتلويح ج٣ ص ٢٢٠ — ٢٢٢ . ومقدمات ابن رشد ج٢ ص ٢٠٠ وما بعدها

حق المدين المحجور عليه أن يتصرف فى حدود ما تم إسقاطه من دين أما

جواز تصرفه فيما يكتسبه بعد الحجر

أمواله التى اكتسبها بعد الحجر فهى له خالصة يتصرف فيها كيف شاء . مادام لم يقع عليها حجر (١) بخلاف السفيه فالحجر يشمل كل ماله وعند بيع ملكه جبرا عنه يبدأ القاضى ببيع المنقول ثم العقار ، ويترك له ما يفى بنفقته وكسوته وكذا نفقة وكسوة من تلزمه نفقتهم . إذا لم يكن له مال غير ما كان له من

المدين المتهرب

قبل الحجر ، فإذا كان عند المدين مايزيد على دينه لكن يخاف الدائنون من ضياع أمواله فى التجارة أو تهريبها إلى غيره ، كان من حقهم الحجر عليه كسابقه . لكن لا بد أن يسبق الحجر حكم قضائى كى يبطلون تصرفه وفى هذا يقول الفنرى على التلويح (٢) . الثانى أن حجر الديون خوفا من التلجئة يتوقف على قضاء القاضى اتفاقا . . والتلجئة هى أن يلجئك إلى أن تأتى أمرا باطنه خلاف ظاهره . وقيل معناه أنا ملجأ مضطر إلى ما أباشره من البيع منك ولست بقاصد حقيقته » .

مرض الموت ما يغلب فيه الهلاك ويتصل به الموت

٣٤٥ — مرض الموت : (٣) المريض مرض الموت هو الذى يكون فى حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة بسبب ماهو فيه وأن يتصل الموت به سواء أكان الموت بسببه أم كان نتيجة سبب آخر أو بعبارة أخرى أن يكون المرء فى حالة يغلب على ظنه فيها الموت وتكون عادة مفضية إلى الموت فيتصرف تصرف من يترقب الموت .

وبذا لا يكون مريض الموت الذى نعنيه هو طريح الفراش بمرض يفضى إلى الموت عادة فقط وإنما يشمل أيضاً المصاب بآفة لا يبرأ منها ويترقب معها الموت ويتصل بها الموت فعلا سواء أكان بسبب هذه الآفة أم بسبب

(١) و (٢) والتوضيح والتلويح جـ٣ ص ٢٢٠ — ٢٢٢ ومقدمات ابن رشد جـ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٣) يراجع فى ذلك المغنى جـ ٦ ص ٧ وصية المريض ، ص٣٢٩ طلاق المريض ، الزيلعى جـ ٢ ص ٢٤٨ ، فتح القدير جـ ٣ ص ١٥٠ ، جـ٧ ص٢ ، جـ٨ ص ٤٦١ ، التوضيح والتلويح جـ ٣ ص١٨٣ وما بعدها ، البدائع جـ٧ ص٢٢٤ ، المبسوط جـ١٨ ص٢٤ الإقرار فى المرض وما بعدها

آخر ، وكذا المحكوم عليه بالإعدام عند أخذه للتنفيذ فيه ، ومن يكون في سفينة لعبت بها الأمواج وجنحت للغرق ، والأسير عند من يعرف عنهم قتل الأسرى ، ومن يدفع إلى معركة مع قلة سلاحه وضعفه وقوة العدو وعظيم عدته وعدده ، ومثل هذا المعركة التى كانت بالاسماعيلية بين جماعة من قوات البوليس بسلاحهم القاصر أمام قوات الجيش البريطانى بسلاحهم الجوى والبرى وأسلحتهم سريعة الطلقات وكذا المريض مرضاً مزمنا لا يرجو معه شفاء ويتزايد حاله من سيء إلى أسوأ ، واتصل الموت بهذه الحالة بصرف النظر عن السبب الذى حدثت به الوفاة — وإلا فإذا استقر مرضه على حال واستمر أكثر من سنة صحت جميع تصرفاته ، فإن بدأ المرض فى الازدياد بدأت حالات مرض الموت وهكذا ، فالمناط إذا ليكون الإنسان فى حالة مرض الموت هو أن يكون فى حال يغلب على ظنه فيه الهلاك ، ويكون الموت فيه معتادا ، فالمرء فى حالته هذه يتغلب عليه الذعر ، أو يتغلب عليه اليأس من الحياة فقد يتصرف فى أمواله تصرفا غير صحيح يضر بصالح دائنيه إن وجد له دائنون ، كما يصح أن يتصرف تصرفا يضر بمصلحة بعض وارثيه فليس من هذا القبيل الموت المفاجيء بمرض غير معروف له من قبل ، ولا بمرض لا يتوقع معه الموت عادة ولا الموت بحادث مفاجيء مع خلو الشخص من الأسباب السابقة .

حالات مرض الموت

٣٤٦ — أموال المريض وتعلق حق الغير بها : يتعلق بأمواله حق أصحاب الديون ، وحق الورثة من حين بدء الحالة التى يعتبر فيها مريضا مرض موت ، وإن اشترك الورثة والغرماء فى تعلق حقهم الرجعى بمال المريض مرض الموت . إلا أن حق الدائن يتعلق بمالية التركة . أما الورثة فيرى الإمام أن حقهم يتعلق بأعيان التركة فى مقدار ثلثيها بعد الدين لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » . ويرى الصاحبان أن الوارث كالدائن يتعلق حقه بمالية التركة لا بأعيانها ، ويكون الفرق أن الوارث حقه فى ثلثيها بعد الدين . وعلى هذا فبيع المريض لأحد الورثة شيئاً من التركة

تعلق حق الدائن والوارث بها من بدء المرض

يكون موقوفا على إجازة باقى الورثة حتى ولو كان البيع من غير غبن، لأن حق الورثة متعلق بنفس التركة لا بقيمتها هذا عند الإمام ، لكن عندهما هو تصرف نافذ لا يسرى عليه البطلان عند تحقق مرض الموت باتصال الموت بحالته ، لأن حق الورثة إنما يتعلق بمالية التركة لا بأعيانها . أما إذا باع المريض أو ورثته شيئاً بغبن أو بغير غبن وسددوا ما لهم من ديون عليه سقط حق الدائن من على التركة .

حكم تصرفات المريض فى حياته

٣٤٧ — تصرفات الشخص فى فترة مرضه الموت : الشخص لا يعتبر مريضا مرض موت إلا إذا اتصل الموت بهذه الحالة فتصرفاته كلها صحيحة نافذة حال حياته إذا كانت تقبل الفسخ كالبيع ، أو معلقة إذا كانت لا تقبل الفسخ كالطلاق والعتاق لأنه بكامل أهليته ولا يمنع من هذا كون حق الوارث والدائن يكون له أثر رجعى ويثبت من قبل الوفاة . فإذا وهب أو وقف أو أوصى أو باع أو اشترى بغبن أو طلق(١) أو تزوج أو أعتق أو أجر أو استأجر إلى غير ذلك من العقود والالتزامات التى تتعلق بتركته . فكلها صحيحة نافذة من وقت صدورها ، أو معلقة على الموت ، يقول صاحب التوضيح « فيجوز النكاح بمهر المثل ، وكل تصرف يحتمل الفسخ يصح فى الحال ثم ينقض إن احتيج إليه ، وما لا يحتمل الفسخ كالإعتاق يصير كالمعلق على الموت(٢) » .

بعد وفاته

٣٤٨ — حكم هذه التصرفات بعد الوفاة : أما بعد وفاته وهو على حال يغلب عليه فيها الهلاك فهنا يكون قد تأكد أن التصرف كان فى مرض

---

(١) فللمطلقة إذا ثبت أن الطلاق فى مرض الموت حق الإرث ويسمى طلاق الفار على التفصيل الوارد فى المصادر السابقة، وزواجه صحيح لكن إذا زاد الصداق عن مهر المثل حق للورثة الطعن فيه وجعله مهر المثل وكانت الزيادة تبرعا تأخذ حكم الوصية . وهى طبق القانون تجوز للوارث أيضاً .

(٢) التوضيح والتلويح ج٣ ص ١٨٣ / ١٨٤

الموت، يظهر حق الغير ويكون التصرف موقوفاً على الإجازة(١) من الدائنين بمقدار دينهم ومن الورثة فى باقى التركة ما دام التصرف فيه ضياع لحق الدائنين فى استيفاء دينهم من أمواله، وحق الورثة فى ثلثى التركة بعد الدين منعاً لإيثار بعض الورثة على البعض الآخر إلا إذا كان التصرف مما تعلق به حقه الخاص أو ما يتصل بذلك كنفقته وعلاجه وزواجه بمهر المثل وتجهيزه لأنه من خالص حقه وليس لأحد الحق فى إبطالها، وحق الدائن مقدم على الآخرين، فإن كان الدين مستغرقا للتركة جميعها بطلت تصرفاته كلها المتعلقة بماله من وقت صدورها ما دام الدائنون متمسكين بديونهم، فإذا أسقط الدائنون دينهم أو جزءاً منه فللورثة حق إبطال هذه التصرفات فى حدود الثلثين واعتبر الباقى وصية لمن تبرع له أو كان قد حاباه، يشترك فيها جميع الموصى لهم إن استغرقت الثلث. وإن كانت التركة أكثر من الدين استوفى الغرماء دينهم من التركة والباقى منها يكون للورثة، فإذا كان الباقى أقل من ثلثى التركة حق لهم أن يبطلوا من تصرفاته السابقة التى فيها تبرع أو محاباة وحدثت فى مرض الموت بقدر ما يفى لهم بالثلثين.

ما يبطل من تصرفاته

حق الدائن أولا

ثم الورثة فى الثلثين

٣٤٩ — تصرف المريض فى المنافع لا يرجع عليه البطلان عند الأحناف: — ولما كان المريض مرض الموت كامل الأهلية لثبوت العقل كانت تصرفاته فيما يتعلق بمنافع الأعيان كلها صحيحة، لا يملك أحد إبطالها بعد وفاته عن فترة مرض الموت ولا يتعلق بها حق الدائنين، أو الورثة لأن

تصرفاته فى المنافع

(١) يقول الكاسانى فى البدائع ج ٨ ص٢٢٤ « أما وقت التعلق فهو مرض الموت ومادام الموجود صحيحا فالدين فى ذمته فاذا مرض مرض الموت يتعلق بتركته أى يتعين فيها ويتحول من الذمة إليها إلا أنه لا يعرف كون المرض مرض الموت إلا بالموت فإذا اتصل به الموت تبين أن المرض مرض الموت من وقت وجوده فتبين أن التعلق يثبت من ذلك الوقت .

حقهم يتعلق بمالية التركة أو بأعيانها بعد الوفاة ، والمنافع ليست بأموال عند الأحناف ولا تورث ، ولأن التصرفات فى المنافع تبطل من تلقاء نفسها بوفاة المتصرف وعلى ذلك كان له أن يعير ويؤجر بغبن فاحش أو يسير ولا يرجع الدائن أو الوارث على المستعير أو المستأجر بشىء عن المدة التى قبل الوفاة (١) .



(١) وقد تناول القانون فى المادة (٩١٦) مرض الموت .

الفصل الثالث

الولاية

٣٥٠ – **الولاية شرط لنفاذ العقد** : بينا من قبل أنه – لتكون عبارة الشخص أو مايقوم مقامها ملزمة ويترتب عليها أثرها – لابد أن تكون له أهلية أداء فإذا كانت أهليته منعدمة أو ناقصة كان نفاذ الالتزام متوقفا على عبارة من له ولاية عليه وكذلك قد يكون الشخص كامل الأهلية وله ولاية نفاذ التصرف إلا أنه يكل أمر التصرف إلى غيره لأنه أكثر منه خبرة به أو لأن وقته لا يسمح بالقيام به فيولى غيره عنه فيباشره بما له من الولاية . من هذا نجد أن الولاية شرط لنفاذ العقد فالولاية : هى أن يكون للعاقد سلطة فى تنفيذ ما تعاقد عليه وترتب أثره الشرعى عليه ، ولا يكون الشخص ذا ولاية إلا إذا كانت . عبارته صالحة لأن ينعقد بها العقد .

لابد لنفاذ العقد من الولاية

الولاية

٣٥١ – **أقسام الولاية** : وقد تكون الولاية ذاتية وهى ولاية الشخص على نفسه مادام أهلا للتعاقد فالولاية الذاتية لا تنفك عن الأهلية مطلقا . فطالما كان الإنسان أهلا للتعاقد كانت له ولاية من الشارع على جميع شئونه مالية كانت أم غير مالية من إلزام أو التزام ، وكانت جميع تصرفاته نافذة ملزمة له . إلا ماترتب عليه ضرر بالغير فإن العقد يكون موقوفا على إجازة المتضرر محافظة على حقوق ومصالح الغير . كالراهن إذا باع العين المرهونة فإنه رغم كمال أهليته وثبوت ولايته الذاتية يكون عقده موقوفا على إجازة صاحب الحق المرتهن ، أو أداء ماعليه من دين ، وكذا تصرفات المدين الضارة بالدائنين .

الولاية الذاتية

وقد تكون الولاية للشخص على غيره سواء أكان قد استمد هذه الولاية

من الشرع رأساً كولاية الأب والجد الصحيح [١] على الصغير وكولاية القاضى ـ فيما له من الولاية العامة جعله الشارع ولىّ من لا ولى له ـ أم كانت مستمدة من الغير كولاية الوصى والوكيل فالوصى إنما يستمد ولايته من الشارع بواسطة أحد الأولياء السابقين ، والوكيل إنما يستمد ولايته من الموكل نفسه .

الولاية على المال أو النفس أو هما

٣٥[illegible] — أقسام الولاية على الغير : — والولاية على الغير قد تكون ولاية على ماله أو على نفسه أو عليهما معاً . فالأب والجد ولايتهما على الصغير ومن فى حكمه فى ماله ونفسه من رعاية ماله ، وتربيته وتثقيفه وتزويجه ، والعم وابن العم إن كان أقرب عاصب للصغير ومن فى حكمه فله عليه ولاية النفس من المحافظة عليه وتزويجه وقد تكون ولاية المال لغيره ، وكذلك فالوصى ليس له ولاية على النفس وإنما ولايته على المال . وبحثنا هنا عن الولاية على المال لتعلقها بموضوعنا ويتناول كلامنا عن الولاية على المال الكلام عن الولى [٢] والوصى ، والوكيل .

الولاية على المال ـ سببها ـ

٣٥[illegible] — سبب الولاية على الغير : مما تقدم نعرف أن الولاية إما بتولية المالك نفسه وهذا سبب فى ولاية الوكيل ، وإما أن يكون سببها أحد أمرين (١) الأبوة ، والجد يكون من قبل الأب فيأخذ حكمه وكذا وصيهما فالولاية لهم بسبب الأبوة من حيث المعنى (٢) أن يكون سببها القضاء . فالوصى المعين من قبل القاضى إنما يستفيد الولاية منه فكان القضاء نفسه سببا فيها [٣] والولاية إن كان سببها الأبوة أو القضاء فهى لا تكون إلا على الصغير أو من فى حكمه .

ما يشترط فى الولى والوصى

٣٥[illegible] — شروط الولاية على الصغير ومن فى حكمه : أن يكون له أهلية

---

(١) الجد الصحيح هو أب الأب . (٢) يطلق الولى على الأب والجد لأب والقاضى وأقرب عاصب للصغير فى عقد نكاحه عند فقد الأب والجد.

(٣) راجع فى هذا البدائع جـ ٥ ص ١٥٢ ، فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٢ وما بعدها ، جـ ٨ ص ٤٨٩ وما بعدها ، المغنى جـ٦ ص ١٣٧ وما بعدها ، الأشباه لابن نجيم جـ٢ ص ١٥٣ ، الاختيار شرح المختار جـ٣ ص ١٩٧ .

أداء كاملة فلا تثبت ولاية للصبى والعبد والمجنون لأنهم لا ولاية لهم على أنفسهم فلا تكون لهم ولاية على غيرهم إذ فاقد الشيء لا يعطيه وأن يكون مسلماً إن كان المُولَّى عليه مسلماً، فلا تثبت ولاية غير المسلم على المسلم لقوله تعالى «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا»، كما لا تثبت ولاية المسلم على غير المسلم لقوله تعالى «والذين كفروا بعضهم أولياء بعض» وأن يكون أميناً حريصاً على مصلحة من ولى عليه. لأن مصلحة الصغير ومن فى حكمه مقدمة على كل اعتبار يقول الله تعالى «وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله ...» وقوله تعالى «... ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا» وقوله تعالى «إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم ناراً» ويقول النبى صلى الله عليه وسلم «من لم يرحم صغيرنا فليس منا» وضياع مصلحة الصغير ومن فى حكمه ليست من الرحمة فى شيء فلا ينبغى أن يتصرف الولى فى مال من تحت ولايته تصرفا فيه غبن به، ولا أن يجيز تصرفا فيه ضرر به، ولا أن يهب شيئاً من ماله، ولا يتصرف إلا التصرفات النافعة أو التى يغلب عليها النفع [1]. والأولياء يتفاوتون فى الحرص على الصغير ومن فى حكمه وعنايتهم به ولذا رتب الفقهاء الأولياء على الوجه الآتى:

مراتب الأولياء

٣٥٥ – مراتب الأولياء على الصغير: اتفق الفقهاء جميعاً على تقديم الأب لأن الأصل فيه أنه أكثر الناس رعاية لمصلحة أولاده وتبدأ ولاية الأب من وقت ولادة الجنين ومن وقت وجود حق له. فإذا لم يوجد الأب فالأحناف يجعلون الولاية بعد الأب لوصيه الذى يختاره هو ويعينه وصياً على أولاده بعد مماته لأنه موضع ثقته وتقديره وهو أعرف الناس بما فيه مصلحة أولاده ومن بعده إذا فقد أو لم يوجد يكون الجد الصحيح، فشفقته من شفقة الأب، ومن بعده فلوصيه الذى يختاره هو. ثم بعد ذلك فللقاضى

---

(١) يقول صاحب الاختيار شرح المختار جـ٣ ص١٩٨ «فإن كان الوصى عاجزا ضم إليه القاضى آخر وإن كان عبدا أو كافرا أو فاسقاً إستبدل به»

لأنه ولى من لا ولى له ، والقاضى لمشاغله فى مصالح العامة يعين وصيا من قبله

غير الأحناف

لكن الشافعى يرى فى ترتيب الأوصياء أن الجد مقدم على وصي الأب . إن كان قد أوصى . لأنه أشفق عليه باعتبار أنه حفيده ، ومالك وأحمد ، لايعتبران الجد مطلقا ويجعلان الولاية بعد الأب لوصيه ثم للقاضى أو وصيه وعلى كل فمن كانت له الولاية على المال من كل هؤلاء فهو الذى يخاصم عن الصغير . كل هذا إذا كان المولى عليه صغيرا أو بلغ مجنونا .

الولاية على من بلغ سفيها

٣٥٦ — الولاية على المجنون وعلى السفيه ومن فى حكمهما : أما إذا بلغ الصبى سفيها فالولاية عليه عند أبى يوسف للقاضى أو من يقيمه لأن الحجر عنده لايثبت إلا بحكم القاضى ، وعند محمد بن الحسن فإن الولاية تستمر عليه لمن كان ولياً من قبل . وقد عرفت من قبل أن الإمام أبا حنيفة يرى استمرار الولاية عليه حتى يبلغ الخامسة والعشرين أما من بلغ رشيدا وزالت عنه الولاية . ثم اعترضه جنون أو عته . فالراجح عند الأحناف أن تعود الولاية لمن كانت له قبل البلوغ ، وإلا فبالترتيب المتقدم . لكن ابن حنبل ومن وافقه يرون أن الولاية تكون للقاضى ووصيه لأنها تسقط بالارتفاع والساقط لايعود . أما إذا اعترضه بعد البلوغ رشيدا شيء مما لايؤثر فى أهلية الأداء كالسفه والغفلة فالولاية للقاضى ووصيه خلافا للإمام الذى لايرى الحجر عليهم .. هذا وقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ سنة ١٩٤٧ جعل ولاية

وعلى من حجر عليه بعد البلوغ

القاضى للمحكمة الحسبية بعد أن كانت بمقتضى القانون رقم ٤٠ سنة ١٩٣١ للمجالس الحسبية وقد أجاز القانون للمحكمة أن تتدخل بالنسبة لولاية الأب والجد فتحد من تصرفاته إن رأت فيها ما يفوت مصلحة على الصغير أو تسلب عنه الولاية وقد عرفت رأى الأحناف من قبل فى السفيه كما أن الأصل فى الفقه الحنفى أن فسق الأب وتبذيره لايزيل ولايته على أولاده ، وإن كان ما رآه الصاحبان من الحجر على السفيه يزيل ولايته المالية على أولاده أيضاً والقانون إذا يكون قد جعل للمحكمة الإشراف الكلى على القصر ومن فى حكمهم وأصبح وصى الأب ووصى الجد ليس إلا مرشحين منهما وللمحكمة

القانون

أن تعينه ولها أن تعين غيره تبعا لما فيه المصلحة . وسنتناول العقود بالنسبة للأولياء والأوصياء بكل إيجاز .

العقود بالنسبة للأولياء والأوصياء

٣٥ – عقود الأولياء والأوصياء ومدى صرفهم : أما الأب فله أن يبيع مال الصغير بقيمته أو بغبن يسير منقولا كان أو عقاراً ويبيع ذلك أو شيئا منه لنفسه أو لغيره ممن تحت ولايته أو لأجنبي ، ويؤجر نفسه للصغير ، كما يؤجر للصغير نفسه ، وأن يستثمر ماله ، ويده مطلقة فى كل عمل يرى فيه نفعاً له . ومع هذا فتصرفه فى مال الصغير لا ينفذ إذا كان مضرا به كالغبن الفاحش أو البيع إلى مفلس . أما وصى الأب وهو المسمى بالوصى المختار . فإنه يقوم مقام الأب فى الولاية على التركة نفسها . فله ولاية بيعها كلها سدادا للدين إن كان الدين مستغرقا ، وله أن يحافظ على مصلحة القصر وله الولاية عليهم ، كما يحافظ على نصيب الغائبين فى التركة لأن ولايته مبسوطة عليها إذ ولايته مستمدة من الأب مباشرة . غير أنه يفترق عن الأب فى أنه ليس له أن يبيع العقار إلا للضرورة ، ولا أن يبيع من ماله للقاصر أو يشترى منه ، ولا لأحد ممن تحت ولايته (١) . وأما الجد فيتصرف فى مقدار نصيب من فى ولايته بكل أنواع التصرفات التى كان يملكها الأب نفسه لأن ولايته أصلية مستمدة من الشارع رأسا ومع هذا فليس له ولاية على التركة نفسها وليس له أن يبيعها جميعها سدادا للدين وإن كان كما يقول بعض الفقهاء له ولاية على التركة أيضاً . لكن باعتباره خليفة عن المتوفى إذ هو أحد الورثة لا باعتباره وليا ، وأما وصى الجد فيأخذ حكم وصى الأب تماما فى تركة الجد نفسه وفى الولاية على الصغار . . . هذا وقد بينا من قبل أن المحكمة الحسبية هى التى اختصت الآن بالإشراف على كل هذا وتعيين الأوصياء وأصبح لها الإشراف أيضاً على الأولياء وسلب الولاية عنهم إذا اقتضى الحال ذلك وقد أشارت المادتان ١٦ ، ٤٧ من القانون المدنى على أن القانون الذى يجب تطبيقه هو قانون الشخص الذى يجب حمايته .

وصى الأب

وصى الجد

---

(١) يعين بعقد إيصاء يتم بإيجاب من الموصى وقبول من الوصى أو سكوته ومباشرة العمل بعد وفاة المريض ويقول صاحب الاختيار جـ٣ ص ١٩٧ «إذا قبل أمام الوصى ثم رده أمامه فهو رد وإن رد عقد الإيصاء فى غير وجهه فليس برد»

الوكالة

تعريف الوكالة

٣٥٨ — تعريف الوكالة : تطلق فى اللغــــة على الحفظ والتفويض ومن ذلك قول الله تعالى إخبـارا عن سيدنا هود صلى الله عليه وسلم « إنى توكلت على الله ربى وربكم » أى اعتمدت عليـه وفوضت أمرى إليه . ولا يبعد الفقهاء عن هذا المعنى بل منهم من صرح بأن قول الشخص لآخر وكلتك فى كذا أنه يكون توكيلا فى الحفظ (١) ويعرفونها بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف يملك التصرف فيه (٢) . وعلى هـذا فمن تصرف فى شأن يتعلق بغـيره دون إنابة منه أو إذن فهو فضولى لا وكيل ، وإذا وكل شخص آخر عنه فى عمل غير مشروع كان التوكيل غير صحيح لأن الموكل نفسه لا يملكه شرعا كمن يوكل شخصا ليقتل غريمه أو يؤذيه ويعتدى عليه.

دليل مشروعيتها

٣٥٩ — دليل مشروعيتها : من القرآن الذى هو المصدر الأول للفقه الإسلامى « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها » فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة والوكالة عن المستحقين وقوله تعالى « فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه » وهـذه وكالة وماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل عنه فى شراء أضحية له وهذا توكيل منه لغيره فى عقد معاوضة ، وروى أنه صلى الله عليه وسلم قد وكل عنه غيره فى قبول نكاح أم حبيبة وهى بالحبشة كما وكل عنه غيره فى قبول نكاح ميمونة وهـذا توكيل منـه فى عقود الزواج . كما جاء الأثر بأن الأمام عليا كرم الله وجهه قد وكل عنه غيره فى خصومة كانت بينه وبين شخص آخر (٤)

---

(١) بدائع ج ٦ ص ١٩ (٢) الفتح ج ٧ ص ١٠١ . (٣) المغنى ج ٥ ص ٧٩ .

(٤) يقول صاحب الهداية ح ٣ ص ١٠٩ « لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل به غيره دفعا للحاجة » وجاء فى المغنى ج ٥ ص ٨٠ « ولأن الحاجة داعية إليه لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق ، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها وأباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلا لمصلحة الناس »

وقد أجمعت الأمة الإسلامية على جواز الوكالة من بدء الدعوة الإسلامية إلى الآن ولم يخالف فى جوازها أحد .

حكمة مشروعيتها

٣٦٠ — **حكمة مشروعيتها** : تفاوت الناس فى القدرة على تصريف أمورهم وقضاء حاجاتهم إذ فى الناس من يكون له أمر لا يستطيع أن يأتيه بنفسه لعجزه عن أدائه أو لعدم وجود سعة فى وقته أو لأنه لا يليق به أن يأتيه لمهابة مركزه وسلطانه ، وليتم التعاون بين الناس وهو مما يحث عليه الإسلام(٢) وقد قيل فى ذلك ما استحق أن يولد من عاش لنفسه وبهذا ترى أنها تكون بسبب عجز الموكل عن أداء ما وكل غيره فى أدائه أو بسبب ترفهه عن القيام بمثل هذا العمل كتوكيل الأمير أو القاضى غيره لشراء حاجة له أو كتوكيل الشخص غيره للدفاع عن حق له قبل الغير لعدم قدرته على إظهار الحق وقوة حجة الوكيل أو لأنه متغيب أو مشغول بعمل آخر .

سببها

الأصل فيها بغير أجر

٣٦١ — **الأصل فى الوكالة أنها بغير أجر** : قال الفقهاء إن الأصل فى الوكالة أن تكون بغير أجر وإنما هى من قبيل المساعدة والتعاون . ولذا كان عقد الوكالة عقدا غير لازم من الجانبين فيجوز لأحدهما فسخه دون رضاء الآخر مادام لم يتعلق بالتوكيل حق الغير (١) ومع أنها عقد غير لازم هنا فإن ما يؤديه الموكل فى حدود الولاية التى خولها له التوكيل ينفذ على الموكل ويلتزم به أما إذا كان الوكيل يقوم بما وكل به نظير أجر فالوكيل فى الواقع إنما يأخذ حكم الأجير (٢) ، وتسرى عليه أحكام الأجير خاصا كان

---

(١) قبل أن يتعلق بها حق المرتهن فإذا وكل غائب حاضرا عنه فى بيع داره وتسديد ما عليه للمرتهن فحق المرتهن قد تعلق بالوكالة راجع الفتح جـ ٦ ص ١٢٠ والمادة (٦٩٩) نص على أن الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى للموكل .

(٢) جاء فى المغنى جـ ٥ ص ٨٥ « ويجوز التوكيل بجعل وبغير جعل فإن النبى صلى الله عليه وسلم وكل أنيسا فى إقامة الحد ، وعروة فى شراء شاة ، وعمرا وأبا رافع فى قبول النكاح . بغير جعل . . ثم يقول وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولذا قال له أبناء عمه لو بعثتنا على هذه الصدقات فنؤدى إليك ما يؤدى الناس ونصيب ما يصيبه الناس ؟ » ومنه تبين أنهم أجراء لا وكلاء .

او مشتركا . لكن إذا كان العقد خلوا من النص على شيء من ذلك ، واختلفا معاً . حُكِّم العرف بينهما فما يتعارف الناس على أنه يكون بأجر لزم فيه الأجر وذلك كمن يوكل محاميا فى الدفاع عنه أو مهندسا لتشييد بناء له فالأصل فى عملهم أنه بأجر والقانون على أن الوكالة تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل (١) .

ركن الوكالة

٣٦٢ — ركن الوكالة : الوكالة عقد كسائر العقود يكون بين طرفين ويتم باجتماع إرادتين ، ويلزم القبول لتمام الإيجاب ، إلا أن القبول هنا لايشترط أن يتصل بالإيجاب فى مجلس العقد كما قلنا قبل . فإنه هنا يصح أن يصدر فى مجلس الإيجاب كما يصح أن يصدر بعد ذلك . ولا يشترط فى ذلك لفظ بعينه وقالوا لو علم الوكيل بالإيجاب فسكت ثم باشر عملا مما وكل فيه اعتبر ذلك قبولا منه (٢) وكذلك لو كان الإيجاب قد صدر فى غيبة الوكيل وعند علمه قبل أو سكت ثم باشر العمل تم العقد وكان وكيلا . لكن إذا علم فرفض هذه الوكالة ارتفع الإيجاب بالرد فإذا قام بعمل بعد رفضه مما وكل فيه كان فضوليا فى هذا العمل (٣) .

جواز تأخر القبول

ما يشترط فى الموكل

٣٦٣ — يشترط فى الموكِّل : أن (٤) يكون ممن يملك فعل ما وكل فيه فلزم أن يكون الموكل له أهلية أداء تخول له إجراء مايوكل غيره فيه ، لأن الوكيل إنما يستمد ولايته من الموكل ولذا يقال إن كل من صح تصرفه فى شيء بنفسه وكان التصرف مما يقبل الإنابة جاز له أن يوكل فيه عنه أى شخص غيره وعلى ذلك فلا يصح توكيل المسلم للذمى ببيع خمر أو خنزير . لكن الإمام يرى أنه يكفى أن تكون الوكالة فيما يملكه الوكيل وأما كون

---

(١) راجع المادتان ٧٠٩ ، ٧٠٤

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٨٥ .

(٣) فتح القدير ج٦ ص ١٠١ ، المغنى ج ٥ ص ٨٤ .

(٤) راجع البدائع ج ٦ ص ٢٠ فقد بين بالتفصيل ما يشترط فى الوكيل وما يشترط فى الموكل به .

الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط عندهم ولذا جاز عنده توكيل المسلم للذمى ببيع الخمر والخنزير ، أو أن يكون الموكل مالكا لأصل التصرف(١) فلا يصح التوكيل من المجنون والمعتوه والصبي غير المميز لأنهم لا يملكون هذا التصرف بأنفسهم إذ عباراتهم غير معتبرة أصلا ، أما الصبي المميز فإن توكيله للغير لا يصح فيما هو ضار لأنه لا يملك إحداثه . ويجوز فيما هو نافع لأنه يستقل بقبوله . وأما التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة فإن كان وليه أو وصيه قد أذن له فى التجارة صح منه التوكيل فيها لأنه يملكها بنفسه وإلا فكان التوكيل موقوفا على الإجازة ممن له الولاية(٢). والسفيه ومن فى حكمه يجوز منه التوكيل فى كل ما يملك إحداثه والتصرف فيه من غير توقف على إذن ، ولذا صح أن يوكل عنه غيره فى عقد زواجه وفى طلاقه وفى وقفه على نفسه وذريته من بعده ثم إلى الفقراء وفى وصيته فى حدود الثلث مادامت على غير وصايا أهل الفساد . وفيما عدا ذلك فيأخذ حكم الصبي المميز .

التوكيل من عديم الأهلية وناقصها

التوكيل من السفيه

٣٦٤ — ما يشترط فى الوكيل : أن يكون عاقلا . فيعقل العقد ويقصده . لأنه يقوم مقام الموكل فى العبارة فلزم أن تكون عبارته معتبرة وينعقد بها العقد فيستوى فى ذلك الرجل والمرأة والحر والعبد والمسلم وغير المسلم فلا يصلح الصبي الذى لا يميز والمجنون والمعتوه أن يكونوا وكلاء عن غيرهم لأنهم لا يعقلون العقد ، ويصح أن يوكل شخص عنه صبياً مميزاً ومن فى حكمه وكذا العبد سواء أذن لهما من له الولاية عليهما أم لا . وذلك لأن الصبي المميز من أهل العبارة ولذا ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له والممنوع عنه هو التصرف فى حق سيده ، والتوكيل ليس تصرفا فى حق السيد هذا هو مذهب الأحناف . والأصل فى ذلك أن

يشترط فى الوكيل العقل

كون العبد والصبي والمرأة والسفيه وكلاء

(١) شرح كنز الدقائق للزيلعى ج ٤ ص ٢٥٤ .

(٢) البدائع ج ٦ ص ٢٠ ، العناية على الفتح ج ٦ ص ١٠٩ .

منع الصغير من التصرف فى بعض العقود لا لنقص فى عبارته، ولكن محافظة على ماله لعجزه عن إدارتها فضم إليه من يشرف عليه ويعينه غير أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل نفسه لأنهما(١) ليسا من أهل العهدة. ولكن الشافعى يرى أن وكالة الصبى المميز غير صحيحة لأنه غير مكلف فوكالته عنده كوكالة المجنون لأن القاعدة عنده أن كل شىء حجر على الصغير فيه لا ينعقد إذا تولاه هو، وقد منع الصبى المميز عن العقود فلا تنعقد منه لنفسه أو لغيره، كما يرى أنه لا يصح توكيل الزوجة عن غيرها إلا بإذن زوجها وقد تكلم الفقهاء فى ذلك كثيرا وساقوا من الأدلة ما لا تتسع له هذه الدراسة(٢).

يشترط فى الموكل به

٣٦٥ — مايشترط فى الموكَّل به: أن يملك الموكل إحداث ما وكل غيره فيه، وأن يكون معلوماً للوكيل أو مجهولا جهالة يسيرة، وهو كما يقول صاحب الهداية(٣) كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره وقد فصل صاحب البدائع(٤) هذا الشرط وأبان ما استثناه الشارع ومنع التوكيل فيه كالشهادة واليمين والحدود التى فيها حق العبد، والقصاص إذا كان الموكل غائباً فيهما لاحتمال عفو صاحب الحق عن خصمه والحدود إنما تدرأ بالشبهات. واحتمال العفو شبهة تسقط الحد. أما إذا كان الموكل حاضرا فالتوكيل جائز لانتفاء سبب المنع. فالفقه الإسلامى:

مايجوز التوكيل به فى الإسلام

يعترف بجواز الوكالة فى كل العقود والالتزامات وما يتعلق بذلك، فأجاز للإنسان أن يوكل عنه غيره فى عقود البيع والشراء والإجارة والهبة والزواج والطلاق والوقف، وكذا أجاز الوكالة فى المخاصمة والمقاضاة وإثبات

---

(١) التوضيح على التلويح ج ٣ ص ١٥٩.

(٢) البدائع ج٦ ص ٢٠، الفتح والعناية ج٦ ص ١١١، المغنى ج ٥ ص٧٩و٨٠، نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٤.

(٣) ج ٣ ص ١٠٩.

(٤) ج ٦ ص ٢١ و٢٢.

الدعاوى وفى الصلح والإقرار والإنكار على تفصيل سنبينه ، فلم يترك شيئاً يجوز للشخص أن يلتزم به إلا وأباح فيه توكيل الغير للحكمة السابق ذكرها إلا ما استثناه الشارع . فالتشريع الإسلامى قد وسع على الناس وسهل لمن أحس فى نفسه عجزاً أو فى وقته ضيقاً (١) أن يوكل عنه غيره .

التوكيل بالخصومة

٣٦٦ — التوكيل بالخصومة : ولعل من أهم ما يحدث فيه التوكيل وأكثره هو توكيل الشخص عنه غيره فى مباشرة القضايا وخصوماته جميعها عدا الحدود والقصاص على ما بيناه . رضى الخصم بهذا الوكيل أم لا عند الصاحبين ووافقهما الشافعى وأحمد بن حنبل ومالك وغيرهم من الفقهاء . لأن التوكيل بالخصومة جائز من غير توقف على رضاء الخصم به لأن الدعوى حق المدعى والإنكار حق المدعى عليه فقد صادف التوكيل منهما حق نفسه كما لو خاصمه بنفسه .

رأى الإمام

لكن الإمام أبو حنيفة يشترط رضاء الخصم لتفاوت الناس فى الخصومات فربما يكون الوكيل واسع الحيلة قوى الحجة ، فيعجز بدهائه الخصم عن إحياء حقه والوصول إليه . فإذا كان قد ارتضاه خصما وضاع حقه بسبب قوة خصومته فهو الذى أضر بنفسه .

ومع هذا فقد أجاز الإمام التوكيل بالخصومة من غير توقف على رضاء الخصم إذا كانت هناك ضرورة تدفع الموكل إلى هذا كسفره أو مرضه أو كانت امرأة تستحى من مجالس الرجال . وذلك كى لا يضيع حقهم باشتراط رضاء الخصم ، وقد يكون الخصم نفسه قوى الحيلة واسع الأفق فيخشى على حقه منه فيوكل عنه غيره لهذا أو لغيره .

وفوق ذلك فالأحناف عدا زفر . يرون أن الوكيل بالخصومة مهمته أن

(١) نظرية العقد ص٣٠٨ و٣٠٩ هامش . يقول الدكتور السنهورى «إن القانون الرومانى وحتى القانون الفرنسى الحديث كلاهما لم يصل إلى ما وصل إليه الفقه الإسلامى فى عقد الوكيل الذى أجاز الوكالة فى كل العقود ومدار الوكالة فى القانون المصرى تنبىء عن اتجاهه وجهة الفقه الإسلامى فى جوازها فى كل ما يملك الموكل إحداثه»

إقرار الوكيل وإنكاره وقبضه المال

يظهر حق موكله ويثبته ، وهذا يقتضى منه أن يقر بما يرى أنه حق، وأن ينكر مايرى أنه غير حق . فيكون إقرار الوكيل وإنكاره حجة على الموكل ، كما له عندهم فوق ذلك كل ما يتعلق بالخصومة ومنه قبض ما يثبت لموكله من حق لأن الخصومة لاتنتهى إلا به وهو وكيل فى الخصومة - أما زفر من الأحناف والشافعى ، فيريان أن الوكيل بالخصومة وكيل فى المنازعة ومجادلة الدليل بالدليل ومهمته أن يعمل لصالح موكله . والإقرار ينافى ذلك . أما قبض ما ينتج عن الدعوى فيرى زفر أيضاً أن الوكيل بالخصومة لايملكه لأن الموكل قد لايأتمن الوكيل على أمواله وإن كان مطمئنا لقوة حجته وسلامة بيانه[1] .

أقسام الوكالة

٣٦٧ — أقسام الوكالة : تنقسم الوكالة إلى منجزة، ومضافة ، ومعلقة

— ١ — منجزة ومضافة ومعلقة

الأحناف ومعهم أحمد بن حنبل يقسمون الوكالة إلى (١) منجزة . أى نافذة من وقت صدورها كأن يقول الموكل لمن يوكله « أنت وكيل عنى فى كذا من الآن » فإن يد الوكيل قد أطلقها الموكل فى هذا التصرف إطلاقا ناجزا من وقت التوكيل فلا يتوقف الوكيل على شىء آخر (٢) كما يصح أن يضاف التوكيل إلى زمن مستقبل كأن يقول الموكل للوكيل « أنت وكيل عنى فى كذا ابتداء من الغد أو من الشهر القادم مثلا » فإن الموكل بهذا يكون قد أطلق يد الوكيل ليتصرف فى هذا الشأن الذى وكله فيه لكن أضاف هذا إلى زمن مستقبل تبدأ منه الوكالة (٣) أن يعلق التوكيل على شرط كأن يقول شخص لآخر أنت وكيل عنى فى كذا إذا سافرت من هذه الجهة أو أنت وكيل عنى فى كذا إذا حضر فلان أو أنت وكيل عنى فى دفع مايطلبه

---

(١) راجع فى ذلك جمعية البدائع جـ ٦ ص ٢٢ و ٢٣ ، تكملة الفتح جـ ٦ ص ٦ — ١٢ المغنى جـ ٥ من ص ٨٠ إلى ٨٤ و ص ٩١ / ٩٢ ، الهداية جـ ٣ ص ١٠٩ و ١١٠ ، ص ١٢٠ و ١٢١ والمبسوط جـ ١٩ ص ٢٠ وما بعدها هذا والقانون يرى أنه لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة وقد بينت ذلك المادتان ٧٠١ ، ٧٠٢

ابنى من أموالى . إلى غير ذلك لأن التوكيل إطلاق التصرف والإطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والإضافة بخلاف التقييدات ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن أميركم زيد فإن قتل فجعفر فإن قتل فعبد الله بن رواحة » فقد وكل عليهم عند خروجهم للقتال زيدا وعلق توكيل من يليه ، وخالف فى ذلك الشافعى (١) .

— ٢ — مقيدة ومطلقة

٣٦٨ — وتنقسم الوكالة إلى مقيدة ومطلقة : ا — والوكالة تكون مقيدة بما قيد به الموكل وكيله ، فلا يصح له أن يتعدى هذا القيد إلا إلى ما هو خير للموكل كأن يقول شخص لآخر وكلتك عنى فى بيع دارى هذه بمبلغ ألف جنيه مؤجلة إلى سنة فباعها الوكيل بألف ومائة مؤجلة إلى سنة أو باعها بألف حالة فإن البيع يكون صحيحاً نافذا ويكون الوكيل لم يتعد حدود توكيله لأن المخالفة جاءت لصالح الموكل وقد تضمنت الإيجاب أما إذا قال له وكلتك عنى فى أن تبيع دارى هذه بألفى جنيه حالة فباعها الوكيل بألف وتسعمائة أو باعها بألفين مؤجلة أو منجمة ، وإذا قال له وكلتك ببيع الدار بألف حالة على أن تشترط لى خيار الشرط فباعها بالألف حالة ولم يشترط له خيار الشرط كان فى تصرفه فضوليا وعقده موقوفا على إجازة الموكل . لأن الولاية التى استمدها من الموكل لم تخول له هذا التصرف ولأن المخالفة لم تكن لصالح الموكل .

ب — وتكون مطلقة كأن يقول شخص لآخر أنت وكيل عنى فى بيع دارى هذه ولم يحدد له قدراً للثمن ولا وصفاً فالإمام يرى أن للوكيل أن يبيع بأى ثمن قل أم كثر ويملك أن يبيع بغير الأثمان المطلقة ويملك أن يبيع بالنقد وبالنسيئة لأن الأصل فى اللفظ المطلق أن يجرى على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل والعرف هنا لا يصلح دليلا لأن البيع بالغبن الفاحش

(١) راجع البدائع ج ٦ ص ٢٠ ، المغنى ج ٥ ص ٨٥ .

متعارف أيضاً لأن من الجائز أن يراد بيعه والتخلص منه للانتفاع بالثمن فى شىء أفضل وقاس ذلك على من حلف لايأكل لحماً فأكل لحم خنزير أولحم أدمى فإنه يحنث فى يمينه مع أن أكل هذا غير متعارف . ومع هذا فالإمام لايجيز للوكيل أن يبيع ماوكل فى بيعه لنفسه ولا لفروعه أو أصوله أو زوجه . أما الصاحبان ومعهما الشافعى . فيرون أن الإطلاق فى التوكيل يتقيد بالعرف فلا يملك الوكيل أن يبيع بغبن فاحش أو بغير نقود أو بيعاً مؤجلا لأن مطلق البيع ينصرف إلى المتعارف والغبن الفاحش غير متعارف . وهذا هو المختار ، ويجيز الصاحبان للوكيل المطلق أن يبيع ماوكل له بيعه لمن يشاء مادام البيع بمثل قيمته أو أكثر (١) .

— ٣ — خاصة وعامة

٣٦٩ — تنقسم الوكالة إلى خاصة وعامة : وقالوا إن كان الإيجاب خاصاً بتصرف معين كأن يوكله فى عقد بيع معين أو فى دعوى منظورة أمام القضاء فعلا أو أن يوكل شخص آخر فى تأجير أرضه بنفسه . كانت الوكالة حينئذ وكالة خاصة مطلقة كانت أم مقيدة ، فليس للوكيل أن يتصرف إلا فيما وكل به ، وليس له أن يوكل عنه غيره فيما وكل هو فيه من غير أن يكون قد أجاز الموكل له ذلك صراحة . لأنه إنما رضى برأيه لا برأى غيره وإن كان الإيجاب عاماً أى فوض له التصرف فى الأمر الذى وكله فيه كان للوكيل الحق فى أن يفعل كل ماكان للموكل حق فعله فى هذا التصرف ومن هذا أن يوكل عنه غيره ، فيكون هذا الوكيل الآخر وكيلا عن الموكل أيضاً فلا يملك الأول عزله ، ولا ينعزل بعزله أو موته ، وعلى هذا فلايجوز للوكيل المطلق أن يوكل غيره إلا إذا أذنه الموكل بذلك أو يفوض له الرأى فى التصرف . وعلى كل فيجب على الوكيل الذى ثبت له حق توكيل الغير

---

(١) راجع المبسوط ج ١٩ ص ٣١ وما بعدها ، البدائع ج ٦ ص ٢٧و٢٨ . هذا والمادة (١٠٨) « لايجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل إجازة التعاقد ... الخ »

أن يوكل أميناً قادرا ، وقد تكلم الفقهاء كثيرا فى التفويض إلى الوكيل وما يشمله هذا التفويض من تصرفات (١) .

تحديد الموكل به وتعيينه

٣٧٠ — لا تصح الوكالة إلا فى معلوم : الوكالة إن كانت عامة كما قلنا فهى تصح فى كل شىء كما روى عن الأحناف . لانتفاء الجهالة ، وارتفاع الضرر بهذا العموم الذى نص عليه . فإذا قال الموكل لآخر أنت وكيل عنى فى كل شىء ، أو قد فوضت لك كل أمورى تتصرف فيها . فهو جائز عند الأحناف ويرون أن الجهالة ترتفع بذلك ، أما إذا كانت الوكالة خاصة ، وبين الموكل العمل المطلوب بحيث يصبح معلوما كأن يقول له وكلتك عنى فى بيع هذه الدار أو هذه السيارة كانت صحيحة : أما إذا لم يعين ذلك فإن ترتب على عدم التعيين جهالة فاحشة لا تصح الوكالة . مثل أن يوكل شخص عنه آخر فى شراء كتاب له ولم يعين موضوعه . أو شراء دابة ولم يعين ما إذا كانت جاموسة أم فرسا أم شاة . أما إذا كانت الجهالة يسيرة كجهالة النوع فإنها تصح مع مراعاة حال الموكل . كأن يوكل شخص آخر فى شراء كتاب له فى قواعد اللغة العربية ، أو قطعة صوف ليخيطها ثوبا . ومع هذا فيقول بعض الفقهاء لابد من التعيين جيدا كى تصح الوكالة منعا للضرر والمنازعة ، وإليك ما يقوله ابن قدامة فى كتابه المغنى : « فعند ابن حنبل ، والشافعى ، ورواية عن أبى حنيفة . بأنه لا تصح الوكالة إلا فى تصرف معلوم فإن قال : وكلتك فى كل شىء أو فى كل تصرف يجوز لى . لا يصح لأن فيه ضررا عظيما ، وخطرا كبيرا لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه ، وإعتاق رقيقه ، وتزوج نساء كثيرة . فيعظم الضرر » .

(١) المغنى ج ٥ ص ٨٨ و ٨٩ ، الهداية ج ٣ ص ١١٩ و ١٢٠ وغيرهما . هذا والقانون قد ألزم الوكيل فى المادة (٧٠٣) بأن لا يتجاوز حدود التوكيل إلا لمصلحة يراها واستحال عليه الرجوع إلى الموكل وكانت ظروف الحال يغلب معها الظن بموافقة الموكل ومع هذا فلزم أن يبلغه فورا بما فعله . كما أن المادة (٧٠٨) تناولت إنابة الوكيل عنه غيره وجعلته نائبا عنه متضامنا معه إذا كان بغير إذن الموكل وإلا فإذا أذنه من غير تعيين شخص فمسئولية الوكيل تنحصر فى خطئه فى الاختيار .

تعدد الوكلاء

٣٧١ – توكيل أكثر من واحد : وإذا وكل شخص عنه أكثر من وكيل واحد فإما أن يكونوا جميعا فى عقد واحد أو فى عقود متفرقة . فإذا كانوا فى عقد واحد فليس لأحدهم الحق فى أن ينفرد بالتصرف بمفرده فيما وكلهم فيه . إلا إذا كان قد أذنهم بالانفراد أى أجاز لكل واحد منهم حق التصرف منفردا أو كان التصرف لا يمكن فيه اجتماع الوكلاء دفعة واحدة فإنه يلزم أن يترافع كل منهم بمفرده بعد أخذ رأى الآخر والاتفاق على طريق الدفاع لأنه لا يمكن أن يتكلموا دفعة واحدة ، هكذا يقول الفقهاء . وفى الواقع إنهم بالاتفاق على الخطة التى يسيرون عليها والاشتراك فى الرأى ووضع الخطوط الرئيسية يكونون قد اجتمعوا فى العمل ولا يعتبرون فى مرافعتهم بعد ذلك منفردين لأن كل واحد منهم فى هذه الحالة يتكلم برأيه ورأى زملائه . ويقول الفقهاء أيضاً إنه إذا تعدد الوكلاء فى عقد واحد ولم يأذن لأحدهم بالانفراد صح لهم الانفراد بالتصرف رغم هذا إذا كان الموضوع مما لا يحتاج إلى رأى كرد . الودائع ، وقبض الدين أو وفائه — أما إذا أذن لكل منهم بالانفراد فإنه يصح لكل واحـــد منهم أن يقوم بموضوع الوكالة لأنه أعطاه السلطة كاملة . وكذا إذا وكلهم كل واحد منهم بعقد خاص فكل واحد له الحق فى أن يتصرف بمفرده فى موضوع الوكالة جميعه حتى لو كان موضوع الوكالة متحدا مثله مثل المجتمعين فى عقد واحد مع إذنهم بالانفراد لأنه يكون كل واحد منهم بهذا قد استمد منه ولاية التصرف كاملة (١) .

متى يعتبر الشخص وكيلا ومتى يعتبر رسولا

٣٧٢ – متى يعتبر النائب وكيلا ومتى يعتبر رسولا : لاشك فى أن الرسول يختلف عن الوكيل فالرسول ينعقد معه العقد برغبة المرسل نفسه ، وإرادته وما الرسول فى التعاقد إلا سفير ومعبر لا إرادة له فى العقد ولا

(١) المغنى ج ٥ ص ٧٧ – ٨٨ ، البدائع ج ٦ ص ٣٢ – ٣٣ هذا والمادة ٧٠٧ من القانون تناولت تعدد الوكلاء بما لا يختلف عن الرأى الفقهى .

رأى وإنما مهمته أن يبلغ رغبة المرسل وإرادته بعبارته هو . فليس له فى العقد سوى العبارة فقط ، ولذا كان العقد دائما بالنسبة له يضاف إلى شخص المرسل فيقول باع فلان كذا أو بعتك كذا نيابة عن فلان وهكذا فى سائر العقود والالتزامات أما الوكيل . فله فى العقـــد شخصية ووجود ، يتعاقد برأيه وإرادته وبعبارته أيضا ولا يظهر فى التعاقد إلا هو فيقول بعت كذا واشتريت كذا واستأجرت كذا والعقد دائما يضاف إليه هو فيكون الوكيل عند التعاقد أصلا فى العقد ، وكان مقتضى هذا أن يثبت الحكم له وأن تعود الحقوق إليه . فتنتقل إليه الملكية مثلا فى عقود البيع ويلتزم هو بدفع الثمن ويخاصم فى ذلك ومن حقه أن يرده بخيار العيب ويفسخ العقد إذا أكره عليه أو شابه أى عيب من عيوب الإرادة التى تؤثر فى العقد . ولما كان فى الحقيقة والواقع أن هذا العاقد ما كان يعقده لنفسه وإنما يعقده لأصيل مستور فى شخصه . وما هو إلا شخص مستعار لإنشاء هذا العقد استنابه الموكل عنه بولاية أثبتها له عند التوكيل فاقتضى هـــذا أن تكون حقيقة العقد للموكل بخلاف ما يظهره العقد نتيجة من أضيف إليه الإيجاب أو القبول . وبهذا نكون أمام اعتبارين . أما ظاهر العقد فالوكيل هو الذى يرجع إليه حكمه وتعود عليه جميع الحقوق وأما الحقيقة المستمدة من عقد التوكيل ومن كون الشخص الوكيل فى عزمه ونيته أنه يباشر ما باشره لمصلحة الموكل فتقضى بأن يعود كل هذا إلى الأصيل دون الوكيل . فإلى من يعود حكم العقد وعلى من ترجع حقوقه .

حكم العقد يعود إلى الأصل

٣٧٣ — **حكم العقد** :— هو الأثر الذى رتبه الشارع على العقد كنقل الملكية فى عقد البيع ، والمنفعة فى عقد الإجارة بالنسبة لعقد الزواج فإن المشترى يتملك المبيع والمستأجر يتملك المنفعة وعقد الزواج يفيد ملكية المتعة إلى غير ذلك مما رتبه الشارع على العقد والالتزامات : وقد أجمع الفقهاء على أن حكم العقد إنما يرجع إلى الموكل فى جميع العقود والأحوال سواء أكان العقد مضافاً إلى الموكل أم إلى الوكيل الحر البالغ فى عقد معاوضة

رغم أن صيغة العقد لم يظهر له فيها أثر وكانت تقضي بأن الحكم يتبع السبب، وإلا فإذا قيل بغير ذلك ما كان العاقد وكيلا وإنما كان أصيلا وكلا منا فى عقد يجريه بصفته وكيلا. لكن الفقهاء وإن اتفقوا على هذه النتيجة إلا أنهم يختلفون فى طريق ثبوت الحكم للموكل. فمنهم من قال إنه يثبت للوكيل لأن السبب قد تحقق من جهته ولكنه لا يستقر إذ ينتقل فور ثبوته إلى الموكل بموجب عقد التوكيل وهو مذهب الكرخي وأسنده ابن قدامة الحنبلي للإمام أبي حنيفة إذ يقول «وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً بإذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل فى ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل . . .» ومنهم من يثبت الحكم للأصيل ابتداء عند العقد باعتباره خليفة عن الوكيل وهذا مذهب الأحناف والشافعي وأحمد. يقول صاحب البدائع «لأنه إنما فعله له بأمره وإنابته وفعل المأمور مضاف إلى الآمر» وجاء فى الزيلعي على الكنز «والصحيح أن حكم العقد يقع فى الوكالة للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل فى حق الكل أى حكم العقد وحقوقه، لكن فى حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه» ويقول صاحب الهداية «والملك يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق، وهو الصحيح» ويفسر صاحب تكملة الفتح بأن كلمة هو الصحيح تشير إلى ماذهب إليه الكرخي من أنه يثبت للوكيل ابتداء ثم ينتقل منه وعلى كل فالمسألة محل تفصيل بين الفقهاء ليست دراستنا محله (١) والنتيجة أن حكم العقد يكون للأصيل اتفاقا.

٣٧٤ — **حقوق العقد**: هي ما يتبع العقد من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ أحكامه وتمكن كل عاقد مما أعطاه له العقد من حكم مثل ضمان خلو حقوق العقد

---

(١) راجع الموضوع فى المغني جـ ٥ ص ١٣٠ الزيلعي جـ ٤ ص ٢٥٦ البدائع جـ ٦ ص ٣٣ الهداية جـ ٣ ص ١١١، تكملة الفتح جـ ٦ ص ١٧ ومابعدها وكذا العناية بهامشه والمبسوط جـ ٩ ص ٣٤ وغيرها من كتب الفقه.

المعقود عليه من العيوب ومطابقته لأوصاف العقد والتزام البائع برد المبيع عند اكتشاف العيب والتزامه بتسليم المبيع وأداء الثمن والمطالبة بإيفاء الزوجة عاجل صداقها وإلزامها بطاعة الزوج إلى غير ذلك من كل ما يستتبع العقد (١) ولمعرفة من الذى ترجع عليه هذه الحقوق ويكون ملتزما بها هل من باشر العقد وهو الوكيل أم من كان العقد من أجله وهو الأصيل لزم أن ننظر إلى موضوع العقد والصيغة التى تكوّن منها.

ما ترجع الحقوق فيه اتفاقا على الأصيل

٣٧٥ — ما أضيفت فيه الصيغة إلى الموكل أو توقف تمامه على القبض:
إذا ظهرت شخصية الموكل عند التعاقد فى صيغة العقد وكان معلوما لدى العاقد الآخر أن العقد لصالحه بأن يقول الوكيل بعت سلعة موكلى هذا بمبلغ كذا أو قبلت شراء هذا لموكلى، أو باع موكلى كذا أو قبل موكلى أو زوجتك موكلتى أو زوجتك موكلتى نفسها أو طلقتك على موكلى أو طلقك موكلى (٢) أو خالعتك موكلتى على كذا أو وهبك موكلى (٣) كذا فإن حقوق العقد فيها جميعها ترجع إلى الموكل باتفاق الفقهاء جميعا وما الوكيل فى العقد إلا سفير ومعبر والعقد يتم بإرادة الأصيل نفسه فشخصيته فى الواقع ظاهرة فى العقد سواء أسند العاقد العبارة لنفسه أم لموكله وهكذا بالنسبة لسائر العقود سواء أكانت تقبل الإضافة إلى العاقد كالمعاوضات أم كان لابد فيها من إضافتها إلى الموكل نفسه كالزواج والطلاق وسواء أكان يتوقف تمامها على التسليم

— ١ —
ما اضيفت اليه الصيغة فيه

(١) وقد تناولت هذا الموضوع المواد ١٠٤ ، ١٠٥، ١٠٦ فارجع إليها فهى تتفق مع الفقه الإسلامى فى جملتها.

(٢) وفى الطلاق لو أضاف الوكيل العبارة لنفسه وقال لزوجة موكله أنت طالق على كذا وقع الطلاق وكان حكم العقد وحقوقه للموكل لأن الوكيل هنا سفير إذ الأصل فى الطلاق هو الموكل

(٣) فى عقود التبرعات إما أن يكون وكيلا عن المملك «الواهب والمعير الخ» فالأمر ظاهر إذا الحكم يتوقف على القبض ومجرد الإيجاب والقبول لا يكفى ومحل العقد مملوك للموكل والوكيل أجنبى عنه فعادت الحقوق إلى صاحب المحل أما إذا كان وكيلا عن « الموهوب له والمستعير .. الخ » فإذا كان الواهب قد عين الشخص بأن قال وهبت هذا الكتاب لعلى فقال وكيل على قبلت فإن الحقوق أيضا تعود على الموكل: وظاهر أنه لو قال له وهبتك هذا الكتاب فقال قبلت أنه هو المقصود بالهبة لا موكله.

كالتبرعات أم تتم بمجرد الإيجاب والقبول ، وجاء فى الفتح والهداية والبدائع (١)

« وكل عقد يضيفه إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فإن حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لأن الوكيل فيها سفير محض لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ولذا لم يدخل فيها خيار الشرط إذ السبب فى هذه العقود إسقاط فيتلاشى وكذا العتق على مال والكتابة والصلح على الإنكار فإنها تضاف إلى الموكل وترجع الحقوق إليه ، والوكيل بالهبة والتصدق والإعارة والإيداع والرهن والإقراض سفير أيضاً لأن الحكم فيها يثبت بالقبض فالحكم إنما يلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل الوكيل أصيلا لكونه أجنبيا عن المحل وكذا الشركة والمضاربة فإن الحق يرجع فيها إلى الموكل » .

عقود معاوضات أضافها لنفسه وكيل ليس من أهل العهدة

٣٧٦ — عقود المعاوضات المالية المضافة إلى وكيل ليس من أهل العهدة : أما إذا باشر الوكيل عقدا من عقود المعاوضات المالية كالبيع والشراء والإجارة والصلح عن إقرار وأضاف العقد إلى نفسه فيها فقال : بعت أو اشتريت أو أجرت أو استأجرت أو تصالحت فإذا كان الوكيل صبيا مميزا أو عبدا ولم يؤذن لهما ممن له عليهما الولايه بالتجارة فإن حقوق العقد ترجع إلى الموكل أيضا باتفاق من أجاز توكيلهما من الفقهاء لأنهما ليسا من أهل العهدة والالتزام . يقول صاحب الهداية : « وإن وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما لأن الصبى من أهل العبارة وينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه فى حق سيده والتوكيل ليس تصرفا فى حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة أما الصبى فلقصور أهليته وأما العبد فلحق سيده فتلزم الموكل » .

(١) راجع المصادر السابقة .

الوكيل من أهل العهدة وأضاف عقد معاوضة لنفسه

٣٧٧ — عقود معاوضات مالية مضافة إلى وكيل من أهل العهدة

أما إذا كان عقد بيع أو إجارة أو ما يماثلهما وكان الوكيل حرا بالغا وأضاف العقد إلى نفسه فهنا نجد الفقهاء يختلفون فالأحناف(١) يذهبون إلى أن حقوق العقد إنما ترجع إلى الوكيل لا الموكل ويعتبرون الموكل أجنبيا عن العقد حتى لا يملك الموكل مطالبة المشترى من وكيله بالثمن ولو طالبه فامتنع عن تسليمه الثمن لا يجبر على ذلك إلا بموافقة الوكيل، ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه غير أن المشترى إذا نقد الثمن إلى الموكل يبرأ الوكيل عن الثمن إستحسانا، وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع إذا نقد المشترى الثمن ولا يطالب به الموكل . وإذا استحق المبيع شخص آخر وكان المبيع فى يد الوكيل لم يسلمه لموكله فهو الذى يتولى الرجوع بالثمن على البائع وهكذا(٢) . ويعلل لذلك صاحب الهداية بقوله : « ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يتم فيها بالصيغة وهى له ، وهو العاقد حكما لأنه يستغنى عن إضافة العقد إلى الموكل فكان أصيلا فى الحقوق فتتعلق به » ، وبهذا نجد الفقه الحنفى جعل الحقوق للوكيل فى حال واحدة وهى ما إذا أضاف العقد إلى نفسه فأشبه ذلك نظرية القوانين الحديثة فيما أسموه بالشخص المستعار أو الأصيل المستور أما غير الأحناف فإنهم يرون أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل فى جميع العقود لأن الأحكام فيها جميعها باتفاق ترجع إلى الموكل والحقوق تابعة للأحكام .

خلاصة ماقيل فى حكم العقد وحقوقه

٣٧٨ — خلاصة الكلام فى حكم العقد وحقوقه

: أما حكم العقد فإنه يرجع إلى الموكل فى جميع العقود باتفاق الفقهاء وأما حقوق العقد وهى

(١) الفروع التى وردت فى كتب الشافعية تفيد أن حقوق العقد هنا يجوز إرجاعها إلى الوكيل فيقولون كما جاء فى نهاية المحتاج جـ ٤ ص ٣٧ « إذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن وإذا استحق المبيع رجع المشترى على الوكيل بالثمن ثم يرجع الوكيل على الموكل . وإن كان للمشترى الرجوع ابتداء على الموكل نفسه فى الأصح » من هذا نجد أن كتب الشافعية وإن أجازت الرجوع على الوكيل فى هذا الا أنها تصرح بأنه جوازا وأن الأصح الرجوع على الأصيل وبذا يكون الشافعية من المخالفين للأحناف كما تنقل عنهم كتب الفقه الحنفى قارن هذا بما جاء بكتاب الأموال ونظرية العقد ص ٣٧٥

(٢) البدائع جـ٦ ص٣٣ .

مايتبع حكم العقد من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ الحكم فإنها ترجع أيضا إلى الموكل عند الفقهاء جميعاً سوى الأحناف فقد أرجعوها على الوكيل نفسه دون الموكل وألزموه بها فى حالة واحدة وهى ما إذا كان الوكيل من أهل العهدة والالتزام بأن كان حرا بالغا وكان العقد عقد معاوضة مالية بيع أو إجارة مثلا وقد أضاف الوكيل صيغة العقد إلى نفسه فقال بعت أو اشتريت أو أجرت أو استأجرت

الوكالة غير ملزمة

٣٧٩ — الوكالة عقد غير لازم لهما: وكما قلنا إن الأصل فى الوكالة أن تكون من غير أجر ولذا كانت غير ملزمة ويكون الوكيل متبرعا بعمله وله أن يتخلى منه إلا أنه إذا كان وكيلا بالبيع ولم يقبض من المشترى الثمن فلا يلزم هو به مع أن المطالبة به من حقه ولكن وجب أن يحيل موكله به على المشترى أما إذا كانت بأجر فإنها تكون وكالة وإجارة ويكون الوكيل فى هذه الحالة ملزما بإتمام ماعهد إليه إتمامه ومن حق الموكل هنا أن يشترط على الوكيل ألا يخرج نفسه منها إلا بعد وقت يتفقا عليه إلا إذا كان هناك سبب لفسخ الإجارة التى بينهما(١) .

الوكيل أمين لا يضمن

٣٨٠ — الوكيل أمين فلا يضمن: والوكيل يده يد أمين فلا يضمن ما تحت يده إذا هلك من غير اعتداء منه ولا إهمال اتفاقا . كما إذا وكله ببيع دابة فهلكت فى يد الوكيل فلا ضمان عليه. أما إذا اشترى الوكيل لموكله عينا وكل إليه شراؤها وكان الثمن حالا فمن حق الوكيل أن يحبس العين تحت يده حتى يستوفى الثمن من الموكل ولو لم يكن قد دفعه بعد للبائع لأن حق العقد عائد عليه فإذا هلكت العين فى يده بعد امتناعه عن تسليمها للموكل حتى يستوفى

---

(١) وفى المادة (٧١٥) أنه يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك وفى المادة (٧١٦) أنه يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك وقد ورد قيد فى المادتين يقيد ذلك اذا كان عقد الوكالة مراعا فيه مصلحة خاصة أو تعلق به حق الغير أو كانت الوكالة بأجر بالقيود المنصوص عليها — وهذا تبعا لأن الأصل فيها أنها تبرعية كما جاء فى المادة (٧٠٩)

إذا هلكت في يده

الثمن هلكت على الوكيل بثمنها ولا شيء على الموكل أما إذا كان قد اشتراه بثمن مؤجل فليس من حق الوكيل الامتناع عن تسليم العين للموكل ولا حبسها فإذا هلكت ضمن قيمتها لأنه يعتبر متعديا بحبسها عن الموكل .

ما تنتهي به الوكالة

٣٨١ — ما يخرج به الوكيل عن الوكالة : (١) تنتهي وكالة الوكيل بعدة أمور :

عزل الموكل للوكيل

١ ـ عزل الموكل لوكيله مزيل لعقد الوكالة بشرط أن يعلم الوكيل بذلك وأن لا يكون قد تعلق بالوكالة حق الغير . أما الأول فلكي لا يضار الوكيل إذا تصرف قبل العلم ولذا كانت تصرفاته قبل علمه بالعزل نافذة ، وأما الثاني فلكي لا يضار الذي تعلق حقه بالوكالة كما إذا وكل المدين غيره ببيع ما قدمه رهنا لسداد دينه عند حلول موعده فإن الراهن لا يملك عزل من وكله ببيع الرهن إلا برضاء الدائن « المرتهن » .

عزل الوكيل لنفسه

٢ ــ وكذلك إخراج الوكيل نفسه مزيل للوكالة لأنها عقد غير لازم كما قلنا بشرط علم الموكل وعدم تعلق حق الغير بالوكالة .

خروج الموكل عن أهلية التصرف

٣ ــ موت الموكل أو خروجه عن أهلية التصرف فيما وكل فيه . فإنه مسقط للوكالة من وقت خروجه عن الأهلية أو موته من غير توقف على علم الوكيل . وكذلك إذا حجر عليه للسفه فإن وكالة الوكيل تبطل إذا كان التوكيل في شيء لا يملكه الموكل بعد الحجر عليه بأن كان تبرعا مثلا .

خروج الوكيل عن أهلية التصرف

٤ ــ خروج الوكيل عن أهليته للتصرف بأن جن جنونا مطبقا والجنون المطبق قيل هو الذي يدوم شهرا وقيل هو الذي يدوم سنة . ومن الواضح أنه إذا مات انتهت وكالته .

تصرف الموكل قبل الوكيل

٥ ــ تصرف الموكل نفسه فيما وكل فيه قبل تصرف الوكيل بأن كان

---

(١) راجع البدائع ج ٦ من ص ٣٧ إلى ص ٣٩ . وانتهاء الوكالة في القانون قد تناولته المواد (٧١٤) التي تنص على أنها تنتهي بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة وبموت الموكل أو الوكيل والمادتين ٧١٥ و٧١٦ وهما اللتان تجيزان لكل من الوكيل والموكل إنهاء الوكالة رغم الآخر بالقيود المذكورة فيهما .

قد وكله ببيع داره أو تأجيرها . فباعها الموكل نفسه أو أجرها قبل أن يعمل الوكيل شيئاً من ذلك .

عدم صلاحية المحل للتصرف

٦ - خروج موضوع التوكيل عن صلاحيته لتصرف الوكيل بما وكل إليه بأن كانت شاة فذبحت أو هلكت أو عبداً فعتقه سيده أو وهبه .

انتهاء الوكيل من العمل

٧ - وأخيراً فإن من الطبيعي أن مهمة الوكيل تنتهي بانتهائه من العمل الذي وكل إليه فإذا كان وكيلا في إجراء عقد زواج فبمجرد تمام العقد أصبح الوكيل منعزلا من تلقاء نفسه إلا إذا شمل عقد الوكالة شيئا آخر كقبض المهر مثلا .

الفصل الرابع

عقد الفضولى

٣٨٢- **من هو الفضولى** : قلنا إن تصرف الشخص عن غيره قد يكون المتصرف مستمدا سلطانه وولايته على هذا التصرف من نفس صاحب الشأن وهو الوكيل أو مستمدا هذه الولاية من الشارع رأساً أو بالواسطة وهو الولى والوصي . وأما الذى تصرف فى شأن من شئون غيره تصرفا شرعيا من غير أن يكون له سلطة إصدار هذا التصرف . فهو الفضولى . وفى اللغة الفضل الزيادة والفضولى من يشتغل بما لا يخصه ولا يعنيه فالفضولى شخص له أهلية لتولى العقد الذى أنشأه فعبارته فيه صحيحة معتبرة ينعقد بها العقد . لكنه لا يملك هذا التصرف لغيره لفقدانه الولاية عليه . الفضولى

٣٨٣- **الدافع لوجود عقد الفضولى** : فإذا كان لك صديق أو قريب أو أى شخص يعلم أنك فى حاجة لشراء أو استئجار سيارة ، أو فى حاجة إلى بيع أو تأجير سيارتك أو فى حاجة إلى الزواج من فتاة معينة أو غير معينة أو من غير أن يعلم أن لك رغبة ، لكنه صادفه شىء من ذلك ولست معه ولا يمكنه الاتصال بك وظن أن فى إجراء هذا العقد مصلحة لك وخشى ضياع الفرصة لو انتظر حتى يرجع إليك فبادر وعقد العقد فاشترى أو استأجر أو باع أو أجر أو عقد لك عقد زواج أو غير ذلك من سائر التصرفات ، أو كان وكيلا عنك وكالة مقيدة فتخطى قيود الوكالة وتصرف مقدرا أنه عمل لمصلحتك ثم عاد إليك وأنبأك الخبر . فسرك صنيعه أو ساءك وكنت فى غير حاجة إليه. فما يكون حكم هذا العقد ؟ عقد الفضولى

٣٨٤- **حكم عقد الفضولى**: الشافعية ورواية عن أحمد ومالك أن هذا العقد باطل ولا ينعقد مطلقا لأن المتعاقد وهو الفضولى ليس صاحب شأن ولا نائبا الشافعية ومن معهم

الأحناف ومن معهم

عن صاحب الشأن والولاية شرط لانعقاد العقد نفسه. لا لنفاذه والأحناف والرواية الأخرى عن أحمد ورواية عن مالك فى عقود المعاوضات دون غيرها يرون أن هذه العقود صحيحة لأنها قد انعقدت ووجدت واستوفى العقد أركانه وشروطه وليس من شروط انعقاد العقد أن يكون التصرف عند إنشاء العقد مملوكا للمتعاقد. وإنما كان ذلك شرطا لنفاذ العقد لا لإنشائه ووجوده. غير أنه لا ينفذ على صاحب الشأن إلا إذا رضى به ولذا قالوا إنه ينعقد موقوفا على إجازة صاحب الشأن واستدلوا على رأيهم بأن هذا التصرف قد ينتج مصلحة للمعقود له يندم إذا ضاعت منه لتحققها له من غير عناء ولا مشقة فيجيزه ويصبح نافذا وإلا فإذا رغب عنه رفضه والأصل فى حال العاقل الصلاح، والفضولى فى الغالب لا يكون بعمله إلا قاصداً المعونة والمساعدة لمن يعقد له، وكل مافى الأمر أنه قد يخطىء الظن فما يراه هو حسناً قد يراه المعقود له سيئا ولذا كان موقوفا (١) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم دفع دينارا إلى حكيم بن حزام وأمره أن يشترى له أضحية فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة للرسول عليه السلام فدعا له بالبركة وقال «بارك الله فى صفقة يمينك» وما كان حكيم هذا بمأمور بالبيع. فلو لم ينعقد تصرفه لما باع، ولما دعا له الرسول ولأنكر عليه فعله.

دليل الأحناف

الإجازة اللاحقة كالإذن السابق

٣٨٥ — **أثر الإجازة فى بدء نفاذ العقد**: وإذا أجاز صاحب الشأن العقد فإنه يكون نافذاً من تاريخ انعقاده لا من وقت الإجازة. لأنهم يقولون إن الإجازة تأخذ حكم إنشاء العقد والإجازة اللاحقة كالإذن السابق. ينقلب بها الفضولى وكيلا من وقت العقد وتسرى عليه أحكام الوكيل فى رجوع حقوق العقد وحكمه كما سبق بيانه. إلا فى العقود التى تقبل التعليق على شرط كالطلاق، والعتاق، فإنها تنعقد من وقت الإجازة لا من وقت العقد لأنه

إلا فى العقود التى تقبل التعليق

(١) راجع الموضوع جميعه فى البدائع ج ٥ من ص ١٤٨ الى ١٥٢ فله فى هذا كلام بديع وتعليل جميل

معلق فى المعنى على حصول الإجازة من صاحب الشأن فيأخذ حكم المعلق على شرط صراحة . وهو أن ينفذ من وقت تحقق الشرط المعلق عليه ، وعلى أساس أن العقد بالإجازة ينفذ من وقت إنشاء العقد فإن نفقاته تلزم المجيز وكذا النماء والزيادة له .

شروط توقف عقد الفضولى على الإجازة

٣٨٦ — عقد الفضولى نافذ عليه وإلا فينعقد موقوفا على الاجازة :

ولما كان الأصل فى المتعاقد أنه يتعاقد لنفسه . فكان الأصل إذا أن ينفذ العقد عليه هو إن أمكن ذلك لأن الأصل فى العقد الصحيح أن يكون نافذا ومترتباً عليه حكمه. ولذا نجد الأحناف يشترطون لتوقف عقد الفضولى على الإجازة شرطين :

(١) ألا يجد نفاذا عليه

٣٨٧ — ألا يجد العقد نفاذا على الفضولى : أن لا يكون فى الإمكان نفاذ العقد على الفضولى نفسه. أما إذا أمكن نفاذ العقد عليه إذا رفضه صاحب الشأن نفذ عليه كى لا يضار الطرف الآخر فى العقد. لكن متى يجد العقد نفاذاً على الفضولى حتى لا يبطل العقد بعدم الإجازة؟ ومتى لا يجد نفاذا عليه لبيان ذلك نجد الأحناف كما يحدثنا صاحب البدائع فى كتابه يفرقون بين عقد الفضولى إذا كان بائعاً أو مؤجرا وبين عقده إذا كان مشتريا أو مستأجرا .

إذا كان بائعا

(١) فإذا كان بائعا أو مؤجرا . فلا يمكن نفاذ العقد على الفضولى مطلقاً إلا بإجازة المالك وموافقته وإلا لترتب عليه خروج ملك المالك من غير إذنه ورغبته ، ولذا كان لابد من القول ببطلان العقد إذا لم يجزه صاحب الشأن.

إذا كان مشتريا

(٢) أما إذا كان مشتريا أو مستأجرا . فهنا ننظر هل أضاف العقد إلى نفسه أم إلى من يشترى أو يستأجر له .

— ا — أضاف العقد لنفسه

ا — فإن أضافه إلى نفسه كان الشراء أو الاستئجار له سواء وجدت الإجازة من الذى اشترى له أو لم توجد لأن الشراء إذا وجد نفاذا على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لأن الأصل أن يتصرف الإنسان لنفسه إلا إذا جعله

لغيره أو كان لايمكن تنفيذ العقد على الفضولى نفسه لأنه ليس من أهل العهدة والالتزام بأن كان صبيا أو عبدا لم يؤذن لهما بالتجارة . فهنا لامفر من اعتبار العقد موقوفا على إجازة المعقود له لعدم إمكان إنفاذه على الفضولى رغم الإضافة إليه ، ولأن العاقد من حقه أن يجعل العقد لغيره بحق الوكالة وغيرها وهنا جعله لغيره فينعقد موقوفا على إجازته فإن أجازه نفذ العقد لكن الحقوق إنما ترجع إلى المجيز نفسه تبعا للحكم لأن العاقد ليس من أهل العهدة وإذا رفضه فلا مفر من القول ببطلان العقد .

— ب — أضاف العقد إلى غيره

ب — إذا أضاف عقد الشراء إلى المعقود له بأن قال البائع بعت هذه السيارة من أجل فلان بكذا فقال الفضولى قبلت له بذلك فإن العقد ينعقد موقوفاً على إجازة المعقود له . فإن أجازه نفذ من وقت العقـــد ويقول صاحب البدائع ولابد فى هذه الإضافة التى يكون العقد موقوفا من أجلها أن تكون فى الإيجاب والقبول فيقول البائع بعت من أجل فلان بكذا ويقول الفضولى قبلت له . إذ الأصل كما قلنا أنه يعقد لنفسه وضرورة إضافة العقد إلى الغير فى الجانبين تقتضى الخروج عن الأصل وجعل العقد موقوفا على إجازة من أضيف إليه . بخلاف الوكالة فإن العقد ينعقد نافذا للموكل رأسا ولا يكون حكم العقد للوكيل رغم إضافته إلى نفسه لأنه قد أنابه مناب نفسه فالإنابة صرفت العقد عن أصله وكان التعاقد للموكل .

— ٢ — أن يكون العقد مجيز وقت الأنشاء

٣٨٨ — أنه يملك الأصيل الاجازة وقت إنشاء العقد : أن يكون للعقد مجيز يملك الإجازة وبالتالى يملك التصرف وقت إنشاء العقد ، وإلا لم تلحقه الإجازة (١) . فإذا باع الفضولى شيئاً مملوكا لغيره ثم يجيز صاحب الشأن

---

(١) البدائع ج ٥ ص ١٤٩ لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال ، وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيدا فينعقد ، وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به للحال والإذن فى المستقبل قد يحدث وقد لايحدث فإن حدث كان الانعقاد مفيدا وإن لم يحدث لم يكن مفيدا فلا ينعقد مع الشك إذ أن الأصل ما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك

بنفسه أو بوليه فإن كان من صدرت منه الإجازة كان يملك التصرف ويملك الإجازة وقت إنشاء العقد اعتبرت إجازته وإلا فلا يعتبر العقد موقوفا وقت إنشائه وإنما يكون نافذاً على الفضولى إن أمكن أو يكون باطلا. فمثلا لو تصرف الفضولى فى شأن من شئون الصبي وفيه غبن فاحش ، أو تبرع بشيء من مال الصغير أو طلق عليه زوجته فإن العقد لا يكون موقوفا لأن الصبي نفسه لا يملك شيئاً من هذه التصرفات كما لا يملكها وليه ، ومن هذا القبيل لو تصرف الصبي نفسه بشيء من هذا لا يكون العقد موقوفا وإنما يقع باطلا لأنه لا يمكن نفاذه عليه شخصيا من غير توقف على إجازة ، ولأنه وقت إنشاء العقد لا يملك وليه إجازة شيء من هذه العقود لأنها ضارة بالصغير كما تقدم (١) .

— ١ — صدورها ممن يملكها وقت العقد شخصيا

٣٨٩ — شروط صحة إجازة صاحب الشأن لعقد الفضولى [٢]: ١ — أن تصدر الإجازة ممن كان يملك التصرف وقت العقد شخصياً أو من نائبه فى حياته فلو مات قبل أن يجيز عقد الفضولى نفذ العقد عليه إن وجد سبيلا وإلا انقلب باطلا إذ حق الإجازة لا يورث .

— ٢ — فى حياة العاقد الآخر

٢ — أن تصدر الإجازة ممن يملكها على الوجه السابق فى حياة المتعاقد الآخر الذى تعاقد معه الفضولى كى يظهر نفاذ العقد فى حقه .

---

(١) يقول صاحب البدائع جـ ٥ ص ١٥٠ «إذا طلق الصبي امرأته أو خالعها أو أعتق عبده أو وهب ماله بمحاباة ، أو اشترى شيئا بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس فى مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات مما لو فعله وليه فى حال صغره لا يجوز عليه . لا ينعقد حتى لو أجازه وليه أو الصبي بعد البلوغ لا يصح لأن هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها ، فلا تحتمل التوقف على الإجازة إلا إذا أجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للانشاء فيكون ذلك إنشاء لإجازة . وكذا وصية الصبي لا تنعقد لأنها تصرف لا مجيز له حال وجوده ألا ترى أنه لو فعل الولى لا يجوز عليه فلا يتوقف ، وسواء أطلق الوصية أو أضافها إلى حال البلوغ لما قلنا . حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته إلا إذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز لأن الإجازة منه بمنزلة إنشاء الوصية ، ولو أنشأها بعد بلوغ لصحت وصيته . . »

(٢) البدائع جـ ٥ ص ١٥١ .

— ٣ — وجود محل العقد عند الإجازة

٣ — أن تصدر الإجازة ومحل العقد قائماً لأن الإجازة تنصب عليه فلو كان الفضولى عقد لآخر عقد زواج وقبل أن تصدر الإجازة من الزوج ماتت الزوجة فلا تصح الإجازة بعد ذلك لفوات المحل من جهة أن الزوجة محل فى العقد ولصدور الإجازة بعد حياة الطرف الآخر صاحب الإيجاب . وبهذا يكون العقد غير منعقد ألبتة ولا يترتب عليه أى حق للمعقود له فلا يرثها لأنها أجنبية عنه .

— ٤ — فى حياة الفضولى إن كان العقد يلتزم هو بحقوقه

٤ — وأخيراً فهل يجب أن تصدر الإجازة فى حياة الفضولى نفسه؟ الواقع أن العقود تختلف فإن كان العقد من العقود التى لا تعود عليه الحقوق فيها بالإجازة كعقد الزواج والهبة وغيرها مما يصير فيها الفضولى بالإجازة رسولا لا وكيلا لا تتوقف الإجازة فيها على حياته فيصح أن تتم الإجازة من صاحب الشأن إذا علم بعد وفاة الفضولى لأن المتعاقدين ليسا فى حاجة إليه إذ حكم العقد وحقوقه إنما يرجعان للمتعاقد نفسه لا للفضولى . أما إذا كان العقد من عقود المعاوضات التى ينقلب فيها الفضولى بالإجازة وكيلا تعود عليه حقوق العقد كانت الإجازة غير صحيحة إلا إذا حدثت عند علم صاحب الشأن فى حياة الفضولى نفسه .

متى يملك الفضولى فسخ العقد الذى باشره

٣٩٠ — هل يملك الفضولى فسخ العقد قبل الإجازة : إذا باشر شخص فضولى عقدا فإما أن يكون قد أضاف العقد إلى نفسه وكان من العقود التى يمكن نفاذها عليه شخصيا بأن يكون عقد لجانب المشترى أو المستأجر وأضاف العقد إلى نفسه وكان من أهل العهدة والالتزام فهنا العقد لا ينعقد موقوفا وإنما ينعقد نافذاً على العاقد نفسه . ولما كان فى إجازة العقد ممن كان يعقد له الفضولى هنا ما يجعل الفضولى وكيلا وترجع إليه كل حقوق العقد جاز له لذلك أن يفسخ العقد بالنسبة لمن كان يعقد له إذ من حقه أن يتدارك الأمر ويمنع عن نفسه هذا الالتزام قبل حدوثه بالإجازة (١) . أما إذا كان عقدا لا ترجع

(١) وفى البدائع ج ٥ ص ١٥١ « ولو اختلفا فقال المشترى له كنت امرتك بالشراء وقاله المشترى اشتريته لك بغير أمرك فالقول قول المشترى له لأن المشترى لما قال اشتريته لك كان ذلك إقرارا منه بأنه اشتراه بأمره لأن الشراء له لا يكون إلا بأمر عادة فكان القول قوله . لكن لا يحل له ذيانة إلا إذا كان قد أمره حقيقة »

إليه فيه الحقوق والإجازة لاتجعل منه أكثر من سفير ومعبر بأن كان من العقود التى لا ينفصل فيها الحكم عن السبب أو التى لا تتم إلا بالقبض أو كان قد أضاف العقد إلى نفسه ولا يمكن نفاذ العقد عليه فإن العقد ينعقد من الأصل موقوفا على إجازة صاحب الشأن ، ويعتبر الفضولى بالإجازة سفيراً ومعبراً عند إنشاء العقد والسفير ينتهى عمله بانتهاء العقد فلا يرجع إليه شىء من حقوقه ولا يملك فسخه ، وإذا فسخ الفضولى العقد ثم علم الأصيل وأجازه كان العقد صحيحا ونافذا ولا عبرة بما صدر من الفضولى لأنه أصبح أجنبياً عن العقد غير أنه يجب أن يلاحظ أن للعاقد الآخر حق الفسخ قبل الإجازة فى هذه العقود التى لا تنفذ على الفضولى لأنه ماالتزم بعبارته إلا على أساس إجازة الآخر

أحوال عقد الفضولى

٣٩١ – حالات أحكام عقد الفضولى : من جميع ماتقدم عن الفضولى يمكن القول بأن حكم عقد الفضولى يكون إما أن ينعقد صحيحا نافذا عليه إن وجد سبيلا إلى النفاذ عليه . (٢) ينعقد موقوفا — كما يقول الأحناف إذا لم يكن هناك سبيل لإنفاذه على الفضولى وكان للعقد مجيز وقت إنشائه فإذا أجازه انقلب نافذا . (٣) ينعقد موقوفا ثم ينقلب باطلا إذا لم تتحقق الإجازة وكان لايمكن نفاذه على الفضولى . (٤) ينعقد باطلا إذا لم يكن له نفاذ على الفضولى نفسه ولم يكن له مجيز وقت إنشائه . هذا ماينتج مما سبق بيانه عن عقد الفضولى فى نظر رجال الفقه الإسلامى (١)



---

(١) أما القانون فقد تناول هذا الموضوع فى المواد من (١٨٨) إلى (١٩٧) وفيها جعل عقد الفضولى موقوفا على إجازة من عقد له وأنه تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى ، وأنه يكفى فى الفضولى أن يكون من أهل التمييز فلا يشترط أن يكون له أهلية أداء كاملة لمباشرة التصرف القانونى الذى تولاه باسم رب العمل إلى غير ذلك وأنه وإن قرب من وجهة نظر الأحناف فى هذا إلا أن بينه وبين الفقه تفاوت ليس فى الوقت والدرس سعة له راجع الوسيط للأستاذ الكبير الدكتور السنهورى ص ١٢٢٨ وما بعدها .

القسم الثالث

أقســـــام العقد

الفصل الأول

أقسام العقد من ناحية القصد والغاية وحدوث الأثر دفعة أو بالتتالى

سبب العقد

٣٩٢ — **غاية العاقد وقصده من العقد**: ما من شك فى أن كل عقد من العقود له أثر رتبه عليه الشارع وجعل مباشرة العقد طريقا وسببا للوصول إليه . فعقد البيع مثلا رتب عليه الشرع نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشترى ونقل ملكية الثمن من المشترى إلى البائع . وقد سبق بيان ذلك . وكل عاقد لابد له من غاية يقصدها من العقد ويريد أن يصل إليها عن طريق التعاقد ، ومادام العاقد يقصد الوصول إلى حكم العقد نفسه الذى رتبه الشارع عليه فالعقد صحيح كأن تكون غاية البائع والمشترى انتقال ملكية المبيع والثمن من كل إلى الآخر حقيقة ، وغاية المستأجر تملك منفعة العين المؤجرة فى مدة العقد وتملك المؤجر الأجر ، وغاية الزوجين من عقد الزواج دوام العشرة بينهما وتكوين أسرة لهما وهكذا أن يقصد العاقد فى كل عقد غايته التى رتبها الشارع عليه .

قصد العاقد وأثره فى حل العقد وحرمته

٣٩٣ — **أثر قصد العاقد فى صحة العقد وحله** : وقد كان قصد العاقد وغرضه له أكبر الأثر فى نظر رجال الفقه الإسلامى فقد رتبوا على ذلك حل العقد وحرمته وكراهته ، ورتبوا عليه أيضا صحته وفساده ، وفى هذا يقول صاحب أعلام الموقعين (١) : « فالقصود فى العقد معتبرة وتؤثر فى صحة

---

(١) ج ٣ ص ٩٦

العقد وفساده وحله وحرمته . وقد سبق أن بينا ماقاله الفقهاء في العقود التي يقصد العاقد فيها الوصول إلى شيء محظور عن طريق ما يعقدون عليه ومثلنا لذلك ببيع العينة وزواج المحلل (١) ولذا يدخل الفقه الإسلامي مع الشخص في نواياه متلمسا إرادته الحقيقية والقصد الفعلي من تصرفه وعقوده والباعث الأساسي لما أقدم عليه ثم يكون بعد ذلك وصف العقد من ناحية الحل والحرمة والكراهة وقد لا يظهر هذا الحكم للناس إذا بنى على باعث خفي مستتر وراء غرض مشروع وقد يظهر هذا الحكم للناس إذا ماظهر الباعث الحقيقي ودلت عليه القرائن ولا يعنينا في دراستنا هذه أكثر من أن سبب العقد (٢) في الفقه هو غاية العاقد وقصده من العقد .

أقسام العقود باعتبار آثارها

٣٩٤ — تقسيم العقد إلى مجموعات متحدة في الأثر والغاية التي رتبها الشارع : ولما كانت بعض العقود تتشابه وتتحد مع بعضها في الغاية كانت الآثار التي تنبني عليها في الظاهر متحدة وقد دفع هذا التشابه بين بعض العقود فيما ينتج عنها من أحكام أن قسم الفقهاء العقود إلى مجموعات تحتوى كل مجموعة منها على مايندرج تحتها من عقود تتفق في مقاصدها والغاية المرجوة منها وأطلقوا على كل مجموعة اسماً خاصاً بها وميزوها عن غيرها بخواصها . ومع هذا فهناك بعض العقود تتداخل في أكثر من مجموعة واحدة لأن لها أكثر من خاصية . وسنذكر لك هذه المجموعات بكل إيجاز .

---

(١) ص ٢٨٦ ، ٢٨٧

(٢) سبب العقد في القانون هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه والفرق بينه وبين محل العقد أن المحل هو ما التزم به المدين (Quid — debtur) وأما السبب فهو لماذا التزام المدين (Cur — debetur) . وفي الحق أن السبب ليس هو نفس إرادة الملتزم ولكنه هو الغرض المباشر الذى اتجهت إليه الإرادة وعلى كل فالإرادة لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب تبغى تحقيقه لذلك كان السبب وإن تميز عن الإرادة إلا أنه يوجد حيث توجد . فهو ركن في العقد غير ركن الإرادة راجع الوسيط من ص ٤١٣ إلى ص ٤٨٢ وقد تناول القانون نظرية السبب في المادتين (١٣٦ ، ١٣٧)

— ١ —
عقود المعاوضات

٣٩٥ — عقود المعاوضات : (١) وتسمى عقود المبادلات وهى ماحدثت فيها المعاوضة والمبادلة بين المتعاقدين على ماملكه كل منهما للآخر سواء أكانت مبادلة مال بمال وهى تشمل البيع (٢) بجميع أنواعه بما فى ذلك السلم والصرف (٣) والقرض (٤) والصلح عن إقرار أم كانت مبادلة مال بمنفعة مال كالإجارة والاستصناع والمزارعة ، والمساقاة والمضاربة (٥) . أم كان مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال كالزواج والخلع (٦). أم كان مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع ، المهايأة ، فكل مافيه معنى المعاوضة والمبادلة بين طرفيه فهو عقد معاوضة .

---

(١) العوض فى اللغة الخلف يقال أعاضنى الله عنه عوضا .. الخ راجع القاموس باب الضاد فصل العين

(٢) البيع هو مبادلة المال بالمال لا على وجه التبرع وهو يشمل بيع المساومة وهو أن تبيع المبيع بالثمن الذى تتفق عليه وترتضيه نتيجة مساومة الآخر وهذا هو الأصل فى عقود البيع . وبيع الوضيعة هو بيع بمثل الثمن الذى عليك الشىء به مع نقصان جزء يرتضيه طرفا العقد أى بيع بخسارة . وبيع المرابحة هو أن تبيعه بما قام عليك من ثمن ومؤنة مع زيادة قدر تتفق عليه مع المشترى كربح لك واشترط الفقهاء شروطا منعا للربا سواء أكان العوض ثمنا ويسمى بيعا أم كان التبادل بينهما على سلعتين ويسمى مقايضة — راجع كتابنا المال والالتزام فى الفقه الإسلامى ص٣٢٩ وما بعدها .

(٣) أما السلم فسبق بيانه والصرف هو بيع جنس الأثمان بعضها ببعض ولابد فيه من قبض البدلين فى المجلس وهو من العقود الربوية راجعه فى كتابنا السابق ص ٣٣٢ وما بعدها .

(٤) القرض أن تعطى غيرك شيئا مثليا من مالك على أن يرد لك مثله فى الوقت المتفق عليه .

(٥) المضاربة : هى عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين ، والعمل من الجانب الآخر ، وأن يكون الربح بين المتعاقدين . راجع الهداية ج ٣ ص ١٦٢ ، الجوهرة على القدورى ج١ ص ٣٥٠.

(٦) الخلع عقد بين الزوجين المال فيه عن المرأة تبذله فيخلعها الرجل أو يطلقها ، وحكمه من جهتها حكم المعاوضة حتى يجوز لها الرجوع عنه ويبطل بإعراضها : راجع الجوهرة ج ٢ ص ١٣٥ ، والهداية ج ٢ ص ١١ . وللمرحوم أستاذنا الجليل الشيخ أحمد إبراهيم توجيه نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس ، يقول فيه : « جعل الفقهاء الزواج من عقود المعاوضات التى قوبل فيها المال بغير المال ، وبغير المنفعة وأقول أن حقيقة الأمر فيه أنه عقد ازدواج وإنضمام بين الرجال والنساء أذن به الشارع على وجه ما، ثم جعل من أحكامه المهر وأوجبه على الرجل كما أوجب عليه النفقة فهو ليس ركناً ولا شرطا فى عقد الزواج ، ولكنه شىء وضعه الشارع على الرجل لفائدة المرأة ومثل ذلك فى البلاد الغربية تعطى المرأة عندهم زوجها عطية لأجل الزواج « الدوطة » فليس المهر ثمنا للزوجة كما أن الدوطة ليست ثمنا للرجل وأخذ على الفقهاء هذا راجع ص ٦٧٨ / ٦٧٩

— ٢ — التبرعات

٣٩٦ – عقود تبرعات : وهى العقود التى يكون التمليك فيها من غير مقابل إذ المتبرع لا يطلب عوضاً عمـا تبرع به وذلك كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة(١) ، وإبراء الدائن المدين مما عليه حتى لا يبقى للدائن حق فى مطالبته به ، والقرض أيضا لأن المقرض إنما هو متبرع فى تمكين المقترض من الانتفاع بالقرض ، والمحاباة فى عقود المعاوضات ، وكذلك الكفالة(٢) بأمر المكفول له فإن الكفيل متبرع بضمان الدين والحوالة(٣) إذ لم تكن بأمر المحيل كأن يكون لشخص على آخر مبلغا من المال فيأتى ثالث ويطلب من الدائن أن يأخذ الدين منه هو فإنه يكون متبرعا بما يدفع ، ولا يرجع على المدين به مادام ذلك لم يكن بأمره فكل هذه العقود تبرعات لأنها تمت من غير أن يكون لها مقابل من الآخر وليس فيها شىء من المبادلة .

تبرع ينتهى بمعاوضة

غير أنه من هذه العقود ما يكون عقد تبرع فى الابتداء ، ومعاوضة فى الانتهاء وذلك كالهبة بشرط العوض . خلافا لزفر والشافعى . وكعقد القرض والكفالة والحوالة بأمر المدين وبذا تجد أن عقود التبرعات يندرج تحتها العقود التى كان التبرع فيها مقصودا ابتداء وانتهاء أم كان التبرع ضمن عقد معاوضة أم كان التبرع فى الابتداء وقد ينتهى به الأمر إلى عقد معاوضة

عقود التمليك المعاوضة والتبرع

وعقود المعاوضات والتبرعات فى الواقع إنما تفيد شيئاً واحدا وهو التمليك فإن عقود المعاوضة تنتج تمليك البدل ، وعقود التبرعات تنتج تمليك ما تم عليه التبرع . ولذا كان من الممكن جمع هاتين المجموعتين وإدماجها فى مجموعة واحدة يطلق عليها الفقهاء عقود التمليك .

---

(١) عرفنا من قبل الهبة والوصية والوقف وأما الإعارة فهى تمليك المنفعة بلا عوض راجع كتابنا السابق ص ٣٤٩ ومابعدها .

(٢) الكفالة : ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة ، وقيل فى الدين . وهى قسمان كفالة بالنفس وكفالة بالمال : الهداية ج ٣ ص ٧٠ ، الجوهرة ج ١ ص ٣٧٣ .

(٣) الحوالة : لغة النقل والتحويل وشرعا : هى نقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثق به ، وهى جائزة بالديون لا بالأعيان . راجع الهداية ج ٣ ص ٧٠ ، الجوهرة ج ١ ص ٣٧٩ .

— ٣ — عقود الإسقاطات

٣٩٧ — عقود الاسقاطات : وسميت بذلك لما فيها من إسقاط الشخص حقه أو شيئاً منه ، وهذه قد تكون إسقاطات محضة، كالطلاق المجرد ، والإعتاق المجرد وتسليم الشفعة، والعفو عن القصاص من غير عوض من الجانى وماشابه ذلك من إسقاط الحق بدون مقابل وقد تكون الإسقاطات فيها معنى التبرع كالإبراء من الدين ، والوقف أيضاً فإن الواقف قد أسقط حقه فى تملك الموقوف . وخرج الموقوف من ملكه لا إلى مالك من غير مقابل . وللفقهاء كلام كثير فيه وموضع دراسته فى السنة الثالثة . وعلى كل فأصبح الوقف الآن فى القطر المصرى قاصرا على الخيرات ابتداء .

— ٤ — عقود الإطلاقات

٣٩٨ — عقود الاطلاقات : وإنما سميت بذلك لما فيها من إطلاق يد الشخص فى شيء لم يكن له حق التصرف فيه قبل العقد ، وإنما كانت يده مقيدة . وكان ممنوعا عن التصرف فيه، ومن هذا عقد الإيصاء والوكالة، والإمارة ، والقضاء لأن الوصى والوكيل والأمير والقاضى قبل أن تثبت لهم هذه الصفة كانوا ممنوعين عن التصرف فيما أطلقت يدهم فيه بعد ثبوت هذه الصفة لهم . ومن هذا الإذن للصبى المميز بالتجارة ، وكذلك الطلاق والعتاق لأن المطلقة والرقيق قد أطلقت يدهما وأصبح لكل منهما الحرية فيما كان مقيدا فيه وإن كان فى نفس الوقت يمكن اعتبارهما من عقود الإسقاطات كما تقدم .

— ٥ — عقود التقييدات

٣٩٩ — عقود التقييدات : سميت بذلك لما فيها من تقييد الشخص لغيره ومنعه من تصرف كانت يده قد أطلقت فيه وهذا كعزل الوكيل من الوكالة وعزل الوصى وناظر الوقف ومن ذلك الحجر على الصبى المميز الذى كان قد أذن له بالتجارة وكذلك الحجر على من أصابه عارض من عوارض الأهلية .

— ٦ — عقود الشركات

٤٠٠ — عقود الشركات : وهى عبارة عن عقد بين المتشاركين فى الأصل والربح وهى على ضربين شركة أملاك وشركة عقود (١) وسميت بذلك لأن

(١) الجوهرة على مختصر القدورى ج ١ ص ٢٣٤

فيها الاشتراك فى نماء المال وأرباحه وذلك كعقود المزارعة والمساقاة والمضاربة

— ٧ — عقود الضمانات

٤٠١ — **عقود الضمانات** : وتسمى عقود التوثيقات وهى عقود يطمئن بها الدائن على دينه ويضمها إلى ذمة المدين لضمان استيفاء حقه منه وهى كالرهن (١) والكفالة والحوالة فإن الدائن بهذا يؤكد حقه فى استرداد دينه ويبعد عنه احتمال خطر الضياع .

— ٨ — عقود الاستحفاظ

٤٠٢ — **عقود الاستحفاظ** : وهى العقد الذى يحدث بين الشخص وغيره لمجرد إيداع شىء عنده وحفظه له أو التعاقد معه على السهر عليه وحراسته وتشمل عقد الوديعة (٢) وعقد الحراسة .

أقسام العقد باعتبار الزمن جزءا منه

٤٠٣ — **أقسام العقد باعتبار ظهور حكمه دفعة واحدة أو بالتتالى :**

ومع هذا فالعقود بطبيعتها تختلف من ناحية وجود أثر الحكم دفعة واحدة أو على دفعات متتالية مستمرة والواقع أن أغلب العقود يظهر فيها حكمها دفعة واحدة فمثلا عقود تمليك الأعيان تنتقل ملكية البائع والمتبرع فى محل العقد إلى المشترى أو الموهوب له بمجرد إتمام العقد أو عند التسليم دفعة واحدة فبعد أن كانت العين كلها ملكا للبائع والواهب أصبحت كلها فى لحظة واحدة مملوكة للمشترى والموهوب له وفى مقابل هذا نجد عقود تمليك المنافع كالاستصناع والمزارعة والمضاربة والمساقاة والعارية والإجارة وأمثالها فإن أثر العقد فيها والغرض الذى قصده العاقد منها لا يمكن أن يظهر ويتحقق دفعة واحدة إثر العقد وإنما هو يتجدد ساعة فساعة ولابد لظهوره من وجود العنصر الزمنى عضوا أساسيا فى العقد فمنفعة المستأجر بسكنى الدار لمدة سنة لا يمكن أن يتملك هذه المنفعة ويتحقق قصده من عقد الإجارة دفعة واحدة

---

(٢) الرهن لغة الحبس وشرعا جعل الشىء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الراهن كالديون راجع كتابنا السابق ص ٣٥٦ وما بعدها .

(٣) الوديعة : هى ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف بقصد الحفظ مع بقائها على ملك صاحبها . كتابنا المال والالتزام ص ٣٥٣ وما بعدها .

وإنما يتحقق هـذا على التتالى مع مضى الزمن المذكور فى العقد ـ ولقد تكلم الفقهاء فى هذا كثيرا وتناولوا الموضوع من جهة هل هذا الحكم والأثر المستمر يوجد كله نتيجة عقد واحد أو أن العقد يتجدد من تلقاء نفسه ساعة فساعة أو أن العقد يستمر ويرد عليه هذا الأثر المتجدد من تلقاء نفسه حتى تنتهى مدة العقد . ثم تكلموا عن المـدة وهل لابد من تحديدها فى العقد إلى غير ذلك مما لاتتسع له دراستنا ووقتنا (١) .



(١) راجع المبسوط جـ ١٥ ص ٧٤ كتـاب الإجارة وص ١٢٩ ، وابن عابدين جـ ٥ ص ٣ وما بعدها ، وتـكملة فتح القدير جـ ٧ ص ١٤٧ وما بعـدها وص ٢٧٦ ، جـ ٨ ص٨ والمغنى جـ ٥ ص ٣٩٨ وما بعدها والبدائع جـ٤ ص١٧٣ ثم راجع مع هـذا رسالة الدكتوراة للأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى « عقد المدة »

الفصل الثانى

أقسام العقد من ناحية وصفه

٤٠٤ — **وصف العقد بالحل والحرمة** : العقد يوصف بأنه حرام وحلال وبأنه واجب ومكروه إلى غير ذلك مما يرجع إلى نية العاقد وقصده الحقيقى من التعاقد بما يتفق مع حكم الشارع أو يختلف ولا دخل لنا فى دراستنا بهذا ، ويوصف بكونه صحيحا وترتب عليه أثره أم غير صحيح ولا يترتب عليه أثره (١) وهو محل بحثنا .

وصفه بأنه حلال أو حرام

٤٠٥ — **وصف العقد بأنه صحيح وغير صحيح** : لاشك فى أن العقد — إذا توافرت فيه أركانه وشروطه .من أهلية المتعاقدين ، وسلامة الصيغة ، وقبول محل العقد لحكم الشرع ، ولم يتصل به من الأوصاف ما يخرجه عن مشروعيته . — كان صحيحا أما إذا لم يتوفر ذلك فى العقد — بأن كان أحد العاقدين غير أهل أو محل العقد لا يقبل الأثر المترتب على العقد أو لخلل فى أركانه ، كعقد المجنون والمعتوه والصبى غير المميز لفقدهم الأهلية وكبيع الميتة أو جعلها ثمنا لأنها ليست بمال مطلقا فلا تصلح محلا ولا ثمنا ، وكأن يبيع المسلم خمرا والثمن نقدا لأن المبيع وهو محل العقد غير متقوم ولا يصح أن يقصد بالتمليك (٢) وكبيع ، أو هبة شىء من المنافع العامة كالمسجد والطريق ،أو ليس لخلل فى أصله وإنما لوصف غير مشروع كأن يوجد العقد على صفة غير مشروعة كتأقيت البيع بمدة وكبيع المسلم سلعة ويتقاضى ثمنها خمرا (٣) ،

العقد صحيح، وغير صحيح

---

(١) راجع فى هذا الزيلعى جـ ٤ ص ٤٣ وما بعدها ، الفتح جـ ٥ ص ١٨٤ وما بعدها .

(٢) و (٣) البدائع جـ٥ ص٣٠٥ إذا كان الخمر مبيعا من المسلم كان العقد باطلا إذا كان الثمن مما يثبت دينا فى الذمة نقدا لتعيين المقصود بالتملك ولا يصح أن يكون محل العقد غير متقوم . أما إذا كان التبايع بسلعة فالعقد فاسد عند الأحناف لأن الثمن يمكن أن يقصد بالتمليك ويصير هو المقصود بالتملك . ولا مانع من اعتبار الخمر ثمنا لأن الأثمان يكفى فيها تحقيق المالية

وكبيع المجهول جهالة تفضى إلى المنازعة والغرر — فالعقد غير صحيح فى كل هذا فلا خلاف بين الفقهاء فى أن العقد ينقسم إلى صحيح وغير صحيح .

العقد الصحيح

٤٠٦ — **العقد الصحيح** : هو ما صلح سببا ليترتب عليه حكم الشارع الذى جعله له ، أو كما يقول الأحناف . ماشرع بأصله ووصفه ، أى كان أصله صحيحاً وأركانه مستوفاة ولم يكن منهياً عنه لذاته أو لما اتصف به . والعقود كلها فى ذلك سواء لافرق بين عقود التمليك وعقود الإطلاق والتقييد وغيرها . لكن هل كل عقد صحيح يترتب عليه أثره وينفذ ظهور الحكم فيه ؟

نافذ

٤٠٧ — **العقد النافذ** : لاخلاف بين الفقهاء فى أن العقد يكون نافذا ما دام صحيحا صادرا ممن يملك إصداره ويترتب عليه أثره الشرعى لأنه قد استوفى جميع أركانه وشروطه ولم يتصل به مايجعله غير مشروع ، أو منهيا عنه وصدر ممن له ولاية على إصداره ومتى كان العقد نافذا لزم الوفاء به « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، ولأن العاقد ما أنشأ عقده إلا رغبة فى الالتزام بأثره المترتب عليه ، غير أن العقود تختلف بطبيعتها فى ذلك فوق ماتقتضيه حاجة المتعاقدين ومصلحتهم فى بقاء العقد لازما أو فى فسخه والخروج من الالتزام فقسم الفقهاء العقد النافذ إلى لازم وغير لازم ويسميه غير الأحناف بالجائز .

النافذ لازم وغير لازم

٤٠٨ — **فالعقد اللازم** : مالايستقل أحد طرفى العقد بفسخه لأنه لايقبل الفسخ بطبيعته ، كالخلع والعتق . فإن هذا العقد لايمكن لطرفيه أو لأحدهما العدول عنه . إذ بالطلاق على مال خرجت المطلقة من عصمة زوجها ولاتحل له إلا بعد زواج جديد ، وأما العبد فباعتاق السيد له أصبح حرا ولايعود لملك سيده حتى لو رضى هو بذلك . ومن هذا القبيل تسليم الشفيع فى الشفعة بعد الإخبار الصحيح وكذلك عقد الزواج بالنسبة للزوج فإنه لايقبل الفسخ لأنه لايمكن رفع أثره وإن أمكن إنهاؤه بالطلاق[1] أو لأنه يتوقف قبوله الفسخ على رضاء طرفى العقد

(١) هذا النوع لايدخله الخيار لأن طبيعة العقد لا تقبل الفسخ .

راجع فى هذا الأموال ونظرية العقد وأحكام المعاملات فقد جاء فيها أن الزواج من القسم الذى يقبل الفسخ من جانب واحد لأن الفسخ مبنى على الرفع والإنهاء ولكن قال صاحب البدائع «وعلى هذا فلا يثبت خيار الرؤية فى المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لأنها لاتحتمل الفسخ»

— ب — لازم يقبله بالتراضي

كعقود الإجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة وغيرها إلا إذا اشترط أحد المتعاقدين لنفسه خيار الشرط فإنه يملك بالشرط فسخ العقد دون الآخر ومن هذا القبيل الهبة لأن الملك الثابت لا يحتمل العود إلا بقضاء أو رضاء فكان فى معنى اللازم (١). ومما لا يفسخ إلا برضاء طرفى العقد السلم والصرف(٢) مع ملاحظة ما قلناه من أن الشافعى والإمام أحمد يريان أن لكل واحد من المتعاقدين خيار المجلس فى عقود المعاوضات المالية ونحوها وأن الأحناف يرون خيار القبول.

— ٢ — غير اللازم

٤٠٩ — **عقد غير لازم**: أو كما يسميه غير الأحناف بالعقد الجائز. وهو ما كان العقد بطبيعته غير لازم للتعاقدين، ولكل منهما أن يستبد بفسخه منفردا دون رأى الآخر أو موافقته. كعقد الوديعة والعارية والوكالة إلا إذا تعلق بها حق الغير، وسائر عقود شركات الأملاك. فكل هذه العقود غير لازمة ولكل واحد من طرفى العقد حق الفسخ منفردا، أو كان العقد لازما لأحدهما دون الآخر فلا يملك الأول الانفراد بفسخه ويملك ذلك الثانى كعقد الرهن والكفالة، فإن المرتهن والمكفول له كلاهما غير ملتزم ومن حقه أن يفسخ العقد من غير توقف على رضاء الآخر. بينما يكون العقد لازما بالنسبة للراهن والكفيل، ومن هذا القبيل عقد الطلاق الرجعى بالنسبة للمطلق فإنه يملك إنهاء أثره بالرجعة بينما الزوجة والمطلقة رجعيا يكون العقد لازما بالنسبة لها (٣).

غير لازم لهما

غير لازم لأحدهما فقط

الموقوف صحيح عند الأحناف

٤١٠ — **العقد الموقوف**: هذا ما يراه الفقهاء فى العقد النافذ ولا خلاف بينهم فى شىء من ذلك. غير أن الأحناف ينظرون إلى العقد الصحيح من جهة

---

(١) البدائع جـ٥ ص ٢٩٧.

(٢) هذين العقدين لا يدخلهما خيار الشرط أيضا لأنهما من العقود الربوية.

(٣) والرجعة هى ارتجاع المطلق مطلقته على حكم النكاح الأول فإن كان الزوج قد طلق زوجته طلقة واحدة أو طلقتين بصريح اللفظ طلاقا مجردا فله مراجعتها ما دامت فى عدتها من غير أمرها. الهداية جـ ٢ ص ٤

أخرى ويقررون فيه قسما آخر لا يقرهم عليه الآخرون من الفقهاء . وهو أن العقد إذا صدر مستوفيا أركانه وشروطه وكان الذى يباشره رغم أهليته يفقد ولاية إصداره كعقد الفضولى وبيع الصبى المميز والسفيه ويسمون هذا بالعقد الموقوف فإنه وإن كان صحيحا فى نظرهم إلا أنه غير نافذ إذ يتوقف نفاذه على إجازة من له الولاية وبذا يكون العقد الصحيح عند الأحناف نافذا إن صدر ممن يملك إصداره وموقوفا إن صدر ممن هو أهل لإصداره ولكن ليست له ولاية إنشائه . إذ الولاية عندهم شرط فى النفاذ لا فى الانعقاد وقد سبق بيان ذلك فى عقد الفضولى .

باطل عند غيرهم

لكن غيرهم من الفقهاء يرون أن هذا النوع من العقود باطل لأن الولاية شرط فى الانعقاد فلا ينعقد أصلا إلا إذا كان للعاقد ولاية إذ الولاية شرط فى الانعقاد عندهم كما قلنا قبل ولا يرون العقد الصحيح إلا إذا كان نافذا . وبذا ليس الصحيح عندهم إلا النافذ وكل ما عدا ذلك فهو غير صحيح .

ب – الثانى غير الصحيح

٤١١ – **العقد غير الصحيح** : أما هذا النوع فإن الخلاف بين الفقهاء فيه قوى فى جدله واضح فى أثره . فقد ذهب جمهور الفقهاء من غير الأحناف إلى أن

جمهور الفقهاء

غير الصحيح قسم واحد لا ينعقد به عقد ولا يترتب عليه أثره الشرعى لأى خلل فى صيغته أو ركنه أو محله أو فى العاقد أو فى أى وصف اتصل به يخرجه عن مشروعيته أو بمعنى آخر سواء أكان الخلل فى أصله أو فى وصفه فعقد المجنون والصبى غير المميز والفضولى والصبى المميز كلها سواء . والتعاقد على الميتة كالتعاقد على شاة بثمن مؤجل لوقت الميسرة ، وجعل الخمر محلا للعقد كجعله ثمنا لسلعة بالنسبة للمسلم إلى غير ذلك من العقود التى اعترضها ما يخرجها عن مشروعيتها فكلها لا تنعقد عندهم ولا فرق بين تسميتها فاسدة أو باطلة .

الأحناف

أما الأحناف : فيفرقون بين ما إذا كان عدم صحة العقد ناشئا لسبب فى أصله ، العاقد والمحل وكون الصيغة قطعية الدلالة ، يخرجه من مشروعيته كبيع المجنون والمباح وبين ما إذا كان أصل العقد صحيحا لكن لحقه وصف

ينهى عنه الشارع ويخرجه عن مشروعيته . كالبيع بثمن مؤجل إلى وقت الميسرة . ويسمون الأول عقدا باطلا والثانى عقدا فاسدا . يقسمون غير الصحيح إلى قسمين

٤١٢ — العقد الباطل عند الأحناف وحكمه : هو ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه . أى يكون العقد ليس له وجود ولا انعقاد لأن العاقد غير أهل للتعاقد كالمجنون والصبى غير المميز ، أو لأن محل العقد لا يصح التعاقد عليه ولا يقبل حكم العقد شرعا كبيع الميتة ، وزواج المحرم أو المعتدة (١) وكبيع المسلم خمرا أو خنزيرا ، وكبيع المنافع العامة والمباح إلى غير ذلك مما لا يعتبره الشارع موجودا أصلا لانعدام أركانه أو محله أو انتفاء معناه ولا عبرة بوجود صورة للعقد فى الخارج بين المتعاقدين إذ العبرة بالوجود المعتبر شرعا الذى يترتب عليه الحكم وفى هذا يقول صاحب كتاب البدائع (٢) « البيع الباطل كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد . ولا حكم لهذا البيع أصلا لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة » — ١ — باطل

٤١٣ — العقد الفاسد : أما إذا كان العقد قد وجدت أركانه ومحله وتحقق معناه ووجد القصد إليه لكن اتصل بالعقد وصف منهى عنه شرعا ويخرج العقد عن مشروعيته كأن يصف البيع بالتأقيت أو أن يكون الثمن مالا غير متقوم شرعا أو يكون الثمن مجهولا جهالة فاحشة أو كان العقد يفضى إلى الغرر فإنه يسمى عندهم عقدا فاسدا لا باطلا ويعرفون العقد الفاسد بأنه ماشرع بأصله دون وصفه . أما أنه شرع بأصله فلأن شروط الانعقاد كلها صحيحة مستوفاة فهى مطابقة لما يتطلبه الشارع فى العقد ولذا كان للعقد وجود معتبر شرعا ما دام قد وجد بأصوله المشروعة ، ولكن لما اتصل به أمر أو وصف غير مشروع يجعل العقد منهيا عنه شرعا . فهو فى الواقع يشبه العقد الصحيح من ناحية مشروعية أصله وسلامته ، ويشبه الباطل من ناحية تعلق — ٢ — فاسد

(١) هى المطلقة من زوجها ولم تخرج من عدته للتأكد من خلو الرحم من حمل له .

(٢) جـ ٥ ص ٣٠٥ . وفى الهداية أن المبيع بيعاً باطلا لو تم قبضه فهلك قيل هو أمانة فلا يضمنه وقيل يضمن .

نهى الشارع عنه لما اتصف به ، ولهذين الشبهين كان بين الوصفين وصف الصحة ووصف البطلان فوصفه الأحناف بالفساد .

حكم العقد الفاسد

٤١٤ — **حكم العقد الفاسد** : إنه وإن كان منعقداً وله وجود إلا أن الشارع لا يقره ونهى عنه وألزم بفسخه إلا إذا حدث(١) فى محل العقد ما يمتنع معه الفسخ كأن يكون عقد بيع وتصرف المشترى فى المبيع، بالبيع ، أو بالتغيير فيه بالزيادة أو النقصان أو لفوات المحل كأن يكون المبيع داراً فهدمها أو شاة فذبحها أو دقيقاً فخبزه أو غزلا فنسجه أو ورقاً فطبع عليه ، أو خشباً فصنعه إلى غير ذلك من الأمثلة . وهنا بعد أن امتنع الفسخ واستحال الرد لزم المشترى مثله أو قيمته لا الثمن . وفى إبقاء الشارع له عند استحالة الفسخ إقرار له فهو إذاً موجود أصلا فى نظر الشارع لكنه لم يرتب عليه أحكاما بل رتبها على تنفيذ العاقدين للعقد مخالفين أمر الشارع . فالعقد الفاسد لا يفيد الملك فى المعقود عليه إلا بقبضه برضاء صاحبه والمبيع مضمون على القابض إذا هلك فى يده بمثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيميا .

لا فرق بين الفاسد والباطل فى عقد النكاح اتفاقا

غير أن الأحناف، وإن فرقوا بين الباطل والفاسد فى العقود ورتبوا لكل عقد حكمه إلا أنهم فى عقد النكاح لا يفرقون بين فاسد النكاح وباطله فى الحكم لتحقق نهى الشارع عن الباطل والفاسد والزواج فيه ناحية تعبدية ، والعبادات ليس فيها حكم للفاسد وحكم للباطل بل فيها يرتفع الفساد إلى درجة البطلان وعلى هذا ففاسد النكاح كباطله سواء. وفى الواقع تجد كتب الفقه الحنفى لا تفرق بين معنى فاسد وباطل فى عقود النكاح فمثلا يقول صاحب البدائع(٢) «النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة »، « النكاح الفاسد لا يفيد الحل» ، ويقول صاحب

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٣٠٣ .

(٢) جـ ٢ ص ٣٣٥ ، ٣٣٦ .

الفتح(١) ما يفيد أنه لا فرق بين الفاسد والباطل فى النكاح بخلاف البيع .

منشأ خلاف الفقهاء فى العقد الفاسد

٤١٥ — منشأ الخلاف بين الأحناف وغيرهم : بقى أن نشير إلى منشأ الخلاف بين الفقهاء الذى دفع الأحناف إلى أن يوجدوا قسما فى العقود يسمى فاسدا ويعتبرونه منعقدا مع أن غيرهم لا يعتبرون لهذا العقد وجودا ألبتة : فإن الفساد والبطلان إنما يكون منشأه نهى الشارع عن العقد لخروج العقد عن مشروعيته فغير الأحناف يرون أن هذا النهى يقتضى عدم وجود العقد شرعا ، فإذا خالف شخص أمر الشارع وأقدم على عقد منهى عنه فلا اعتداد بفعله ولا أثر لعبارته ولا يكون للعقد وجود فى نظر الشارع فوق كون الشخص إنما يستحق العقاب ، وهم لا ينظرون إلى سبب النهى هل هو لخلل فى أصل العقد أو لوصف ملازم له أو طارىء عليه لافرق عندهم بين شىء من ذلك . إذ نهى الشارع عنه قد تحقق والنهى واحد فى الجميع ينتج عدم ترتب الأثر عليه والأحناف أنفسهم لا يرتبون أثرا على ماسموه فاسدا ،وإنما يرتبون الحكم على تنفيذ العاقد آثمـا للعقد لاستحالة فسخه ويستدل غير الأحناف بماروى عن الرسول صلى الله عليه وسلم « كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ومن أدخل فى ديننا ماليس منه فهو رد» أما الأحناف : فإنهم ينظرون إلى السبب الذى من أجله كان النهى فإن كان السبب يرجع إلى أصل العقد فينعدم وجوده فى نظر الشارع لانعدام جزء ممايتكون منه العقد ومادام العقد لم ينعقد فهو لم يوجد وإذا وجد فى الصورة يكون وجودا باطلا فى نظر الشارع ، وأما إذا كان النهى لسبب وصف لحق بالعقد ولازمه فإنه يكون منعقدا لسلامة مايتم الانعقاد به ويقع عليه من تحريم الشارع إلا أنه يفسد فلا يترتب عليه أثره الشرعى رغم وجوده لنهى الشارع عن الوصف الذى لازمه . ويستدلون على وجوده بأنه إذا رفع الوصف الذى اقتضى النهى

دليل الجمهور

دليل الأحناف

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٨٢ ، راجع فى هذا أيضا الزيلعى ج ٢ ص ١١٣ حيث يعبر عن النكاح بالفساد والبطلان من غير تغير فى الحكم .

والفساد صح العقد وترتب عليه أثره فإذا تعين موعد دفع الثمن مثلا أو ارتفع الشرط — كمن باع بشرط أن يسترد المبيع بعد سنة عند إعادة الثمن مع انتفاع المشترى بالمبيع — (١) أصبح صحيحا لازما وفى هذا دليل وجوده منعقدا ومن ناحية أخرى فإنهم يرون أن النهى عن العقود لا يستلزم دائما البطلان وكثيرا مايرد النهى ولا قائل بارتفاع العقد وبطلانه. وإنما بالاتفاق يكون المقصود بالنهى كراهة الفعل وإثم العاقد فقط كالبيع وقت صلاة الجمعة فقد نهى عنه الشارع «يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع» وفى هذا أمر من الشارع بترك البيع وقتها ولا قائل بأن فى المخالفة بطلان للعقد وإنما هى الكراهة فقط لأن النهى ليس لشىء فى نفس العقد ولا لوصف فيه هو ملازم له ولكنه فى شىء آخر وهو الوقت، ومنها النهى عن الصلاة فى الأرض المغصوبة، ومنها نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له (٢) وقد ساق صاحب الهداية على ذلك الكثير من الأمثلة ثم يقول «وكل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لأن الفساد فى معنى خارج زائد لا فى صلب العقد ولا فى شرائط الصحة» ومنها كما يقول صاحب البدائع الاحتكار والغش وهو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه، ولكن ليسمع غيره فيزيده فى ثمنه، وأنه مكروه لنهى الرسول صلى الله عليه وسلم، ولأنه احتيال للإضرار والمثل كثيرة فى كتب الفقه فارجع إليها (٣).

قد يقتضى النهى الكراهية



(١) وهو ما يسمى فى القانون بالبيع الوفائى.

(٢) وفى رواية حتى يبتاع أو يذر. الزيلعى ج ٤ ص ٦٧، المبسوط للسرخسى ج ١٥ ص ٧٥، ٧٦

(٣) الهداية ج٣ ص ٤٣، ٤٤، الفتح ج٥ ص ٢٣٩ إلى ٢٤٥، البدائع ج ٥ ص ٢٣٢ الزيلعى ج ٤ ص ٦٧ إلى ص ٦٩، مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢١٣ وما بعدها، ص ٢١٩ وما بعدها.

الفصل الثالث

أقسام العقـــد من ناحية

زمن [1] اتصال أثر العقد بصيغته

زمن اتصال الحكم بصيغة العقد

٤١٦ – **صيغة العقد وأثرها فى وقت ظهور الحكم**: صيغة العقد هى المظهرة لإرادة العاقد، والكاشفة لرغبته فى الوصول إلى العقد باعتباره سببا فى الأثر الذى رتبه الشارع وطريقا للوصول إليه. وهذه الصيغة وإن دلت على إرادة العاقد فى الوصول إلى حكم العقد، فإنها أيضاً تدل على الزمن الذى يرغب ظهور الحكم فيه هل يكون متصلا بزمن الصيغة أم يكون فى وقت آخر يحدده فى صيغته ويضيف طلبه للحكم إليه، وقد تدل هذه الصيغة على إرادة الحكم فى الزمن الذى يوجد فيه شىء آخر يعلق على وجوده وجود العقد وحكمه

طبيعة العقد ورغبة العاقد فى وقت ظهور الحكم

٤١٧ – **طبيعة العقد وأثرها فى تحديد وقت ظهور الحكم**: وإن كانت صيغة العقد هى التى تحدد زمن ظهور الحكم، فإن العقود تختلف فى طبيعتها. فمنها ما يظهر أثرها ويترتب عليها الحكم الذى جعلها الشارع سببا فيه بمجرد تمام الصيغة مع تمام التقابض أو من غير حاجة إلى ذلك فلا تقبل التعليق على اشتراط حدوث شىء غير موجود وقت التعاقد، ولا تقبل إرجاء حكمها إلى زمن آخر بعد أم قرب كالزواج والبيع والهبة والقرض والرهن ومن العقود ما طبيعتها تمنع ظهور أثرها إلا فى زمن مستقبل كالوصية فإن عقد الوصية لايمكن بحال أن يظهر أثره فى الحال ولا بد لظهور حكمه أن يكون فى زمن عقب وفاة الموصى وسيان فى ذلك أن تكون الصيغة قد نص فيها

---

(١) الزمن الذى نقصده هنا هو لحظة ظهور أثر العقد واتصاله بالصيغة. وهذا بخلاف الزمن الذى هو عنصر فى العقد نفسه كالإجارة لمدة شهر أو سنة.

على ذلك أم لم ينص . إذ العقد بطبيعته لا يكون إلا مضافا إلى ما بعد الموت. ومن العقود ماهو مرن بطبيعته يقبل تكييف العاقد له ويتأثر بما يضيفه العاقد فى صيغته فقد يتصل الحكم به بمجرد تمام الصيغة ، وقد ينفصل الحكم عن الصيغة بمجرد الفاصل الزمنى أو يكون معلقاً على تحقق شيء آخر غير موجود وقت التعاقد وذلك كعقد الإجارة فإنه يصح أن يبدأ من وقت التعاقد كما يصح أن يبدأ من وقت معين بعد ذلك وكعقد الطلاق فإنه يصح أن تنتهى الزوجية فى الحال وأن يكون ذلك فى زمن معين فى المستقبل أو معلقا حدوثه على حدوث شيء آخر يرتبط وجوده بوجوده .

العقد إما منجز أو مضاف أو معلق

٤١٨ — **تقسيم الفقهاء العقد من ناحية زمن اتصال الحكم به :**

وبناء على ما تقدم من مرونة بعض العقود وخضوعها لصيغة العاقد الكاشفة عن إرادته فى وقت طلبه حكم العقد . قسم الفقهاء العقد من ناحية اتصال حكمه به وزمن هذا الاتصال إلى منجز إن ترتب عليه أثره فى الحال ، وغير منجز إذا لم يترتب عليه أثره فى الحال لأن الحكم قد أضيف إلى زمن مستقبل أو لأن العقد علق وجوده على وجود شيء آخر . وبهذا تكون الأقسام ثلاثة : (١) منجز (٢) مضاف (٣) معلق .

— ١ —
المنجز يتصل حكمه بصيغته فورا

٤١٩ — **العقد المنجز :** ما ينعقد بصيغة تفيد وجود العقد ووجود حكمه فى الحال سواء أ كانت الصيغة وحدها تكفى لانعقاده ووجود حكمه كالبيع والزواج والإجارة ، أم كان لا بد مع الصيغة من القبض كما فى عقد الصرف والسلم ، وكما فى عقود التبرعات كالهبة والصدقة والقرض والرهن(١)

(١) أما الصرف والسلم فلأنهما من العقود الربوية . اشترطوا فى الصرف قبض العوضين ، وفى السلم قبض العاجل فى المجلس ، وأما الهبة والصدقة والعارية ، وما فى حكم ذلك فإنها عقود غير لازمة على الوجه السابق بيانه وهى وإن كانت صحيحة إلا أن نفاذها والإلزام بها لا يتم إلا بالقبض . وإلا لو تمت من غير قبض لكان لزوما لما لا يلتزم ، ولذا كان القبض فيها يعتبر قبولا ويغنى عنه. أما الرهن وإن كان لازما بالنسبة للراهن إلا أن الفقهاء اشترطوا لتمامه تمام القبض لقوله تعالى « فرهان مقبوضة» لكن المالكية يرون أن هذه العقود لازمة بمجرد تمام الصيغة ويصح المطالبة بها جميعها. لكن الرهن وإن كان لازما فى نظرهم وله حق المطالبة به إلا أنهم =

فما دام العقد تترتب آثاره عليه فى الحال. فإنه يكون منجزا ويستوى فى ذلك أن يكون العقد مطلقا من أى قيد كأن تقول لآخر بعتك دارى هذه بألف جنيه فيقول الآخر قبلت ، أو كان العقد قد دخل عليه شرط لا يؤثر فى صحته ويكون العقد مقيدا به ، كأن يقول شخص لآخر اشتريت منك هذه الدار بمبلغ ألف جنيه مؤجلة إلى سنة أو منجمة . فيقول الآخر قبلت أو أن يشترط البائع أن يكون الثمن حالا ، أو أن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها وأن يشترط الزوج على الزوجة أن تطيعه فى الشئون الزوجية . ويستوى فى ذلك أن يكون العقد مؤبدا كأن تقول جعلت دارى هذه صدقة موقوفة على الفقراء أبداً أم يكون العقد مؤقتاً كأن تقول أجرتك دارى هذه لمدة سنة من الآن بكذا إلى غير ذلك مما ذكر من قبل عند الكلام عن الشروط المقترنة بالعقد .

٤٢٠ — **الأصل فى العقود التنجيز** : لأن العاقد لا يقصد العقد إلا رغبة فى أثره ، فالعقود كلها الأصل فيها أن تكون منجزة إلا عقدى الوصية والإيصاء فإنهما بطبيعتهما لا يكونان إلا مضافين إلى ما بعد وفاة الموصى لاحظ الموصى ذلك فى إضافته أو أغفله فإن حكمهما لا يظهر ولا يتصل بالصيغة إلا بعد موت الموصى مصراً على وصيته ولكن العقد المنجز حكمه يتصل بالصيغة إثر تمامها من غير فاصل زمنى بينهما .

الأصل فى العقود التنجيز واتصال الحكم بها فورا

٤٢١ — **العقد المضاف** : ما أفادت صيغته وجود العقد فى الحال مع إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل ، ولم يقصد بالعقد الوصول إلى حكمه إلا فى الزمن الذى أضيف إليه مستقبلا . وعليه لا يكون العقد رغم وجوده مفضيا إلى حكمه إلا وقت حلول الزمن المضاف إليه كأن تستأجر مسكنا أو أرضا

— ٢ —
المضاف يوجد العقد ويرجأ الحكم لزمن معين

=يرون أن المرتهن ليس له امتياز على العين المرهونة . وقد تكلم الفقهاء كثيراً فى هذا وفيما يتم به القبض فارجع إلى كتبهم فى باب الهبة ، والرجوع فيها ، والعارية والوديعة ، والرهن والسلم ، والصرف فإن فيها التفصيل الوافى .

زراعية وتضيف العقد إلى أول الشهر أو أول العام الزراعي ويكون التعاقد قبل ذلك الموعد . ومثله أن يتعاقد صاحب مصنع مع صانع على أن يعمل في مصنعه بأجر هو كذا اعتبارا من أول الأسبوع مثلا ، وكذا بالنسبة لصاحب المزرعة مع المزارع وغير ذلك فتجد أن العقد انعقد ووجد فعلا باعتباره سببا في الحال لتملك المستأجر مثلا المنفعة في مدة العقد والمؤجر الأجر غاية الأمر أن صيغته دلت على أن العاقد لا يريد الحكم في الحال ولكن في الزمن الذى أضاف إليه العقد فلا يملك المستأجر بناء على هذا أن ينتفع بمحل العقد قبل الزمن الذى أضيف إليه الانتفاع ولا المؤجر أن ينتفع بالأجر قبل ظهور الحكم وإذا انتفع فلا يكون ذلك بمقتضى العقد ، وإنما يكون الآخر متبرعا بالتعجيل (١) فالعقد المضاف يكون مطلقا من القيود والشروط كأن تستأجر مسكنا يوم عشرين في الشهر اعتبارا من أول الشهر القادم مدة كذا أو أن تقيدها بشرط لا يتنافى مع مايقتضيه العقد . فتقول أجرتك فدانا ، اعتبارا من أول أكتوبر سنة كذا على أن تدفع الإيجار عند بدء العقد أو بشرط أن تدفع الإيجار مؤخرا أو تكون الدار للسكنى أو تؤجره الأرض وقت كذا لزراعتها بشرط عدم الغراس أو البناء أو بشرط عدم زراعة كذا مما أجاز العرف اشتراطه .

المضاف يكون مطلقا ومقيداً

اختلاف العقد المضاف عن الموقوف

٤٢٢ — **العقد المضاف والموقوف** : وإن كان عند الأحناف العقد المضاف يشبه العقد الموقوف على الإجازة من ناحية انعقاد العقد ووجوده مع تخلف ظهور الحكم فيه إلى زمن آخر وانفصال الحكم عن الصيغة . إلا أنه يختلف عنه من ناحيتين فعدم اتصال الحكم بالصيغة في العقد المضاف إنما نشأ من الصيغة نفسها لكنه في الموقوف تخلف الحكم لأمر خارج عن الصيغة وهو إجازة من له الولاية ولأن العقد المضاف لا يمكن أن يتحقق فيه الحكم قبل الزمن الذى أضيف إليه بينما في الموقوف تكون الإجازة اللاحقة

---

(١) فاشترط المؤجر أو الصانع تعجيل الأجر قبل الزمن الذى أضيف إليه العقد يناقض العقد نفسه إذ الإضافة تقتضى تأخر ظهور الحكم ، وتملك الأجر أو المنفعة مترتب على ظهور الحكم .

كالإذن السابق ويكون للحكم بها أثر رجعى من وقت انعقاد العقد إلا فى العقود التى تقبل التعليق كالطلاق والعتاق وقد سبق بيانه .

— ١ — عقود مضافة بطبيعتها

٤٢٣ — العقود التى لاتكون إلا مضافة : من العقود مالا يكون إلا مضافا إذ طبيعته تقتضى ذلك وهو عقدا الوصية والإيصاء فإنهما لايظهر حكمهما إلا بعد وفاة الموصى سواء ظهرت الإضافة فى الصيغة أم لا . ومع هذا فإنه يصح فيها التعليق وعدمه .

— ٢ — لا تقبل الإضافة

٤٢٤ — عقود لاتقبل الاضافة : ومنها ما لا تقبل الإضافة وهى العقود التى تفيد تمليك الأعيان فى الحال كالبيع والهبة ، والإبراء من الدين والشركة والزواج والرجعة ، لأن الأصل فى العقود أن يتصل الحكم بالصيغة وهذه عقود يمكن نفاذها فى الحال وقد وضع المتأخرون من الفقهاء قاعدة « كل ما أمكن تمليكه فى الحال لايصح تعليقه على شرط ، ولا أضافته إلى زمن مستقبل إلا عقدى الوصية والإيصاء » . فما يمكن تمليكه فى الحال لو أضيف إلى زمن مستقبل يتنافى مع ماجعله الشارع له من إفادته الأثر فى الحال .

— ٣ — عقود تقبل الإضافة

٤٢٥ — عقود مرنة تقبل الاضافة وعدمها : ومنها عقود مرنة تصح أن تكون منجزة كما تصح مع الإضافة إلى المستقبل حسب صيغة المتعاقد ورغبته كعقود تمليك المنافع المالية مثل الإجارة والمزارعة والاستصناع لأنها وإن كانت تفيد التمليك حقا إلا أن هـذا التمليك لا يكون دفعة واحدة كما فى البيع ، وإنما هو يتجدد ساعة فساعة فالزمن عنصر أساسى فى العقد فناسبت طبيعتها أن تقبل الإضافة لأن التمليك فيها يستحيل أن يمكن جميعه فى الحال(١). ومما يقبل الإضافة والتنجيز الكفالة والحوالة من عقود الالتزام لأن طبيعتها

---

(١) راجع فى هذا كتاب ابن عابدين جـ ٥ كتاب الإجارة ص ٣ و ٤ ، تكملة فتح القدير جـ ٧ ص ١٤٧ ، ص ١٤٨ ، ص ١٧٦ ، المبسوط جـ ١٥ كتاب الإجارة ص ٧٤ وما بعدها ، ص ١٠٤ ، ص ١٢٩ إجارة الدور والبيوت .

أنها لا تفيد أثرها فى الحال فقد لا يدفع الكفيل لوفاء الدين وقيام المدين بما هو ملتزم به ، وقد يدفع الكفيل بعد مدة . فيصح أن تقول إذا لم يدفع لك فلان ما عليه إلى أول الشهر فأنا به كفيل ، ومن هذا القسم عقود الإطلاقات أيضا — عدا الإيصاء — كالوكالة والقضاء ، وكذا عقود الإسقاطات كالطلاق والوقف والخلع من الزوج نفسه .

— ٣ —
المعلق

٤٢٦ — **العقد المعلق** : مادلت صيغته على تعليق وجوده على وجود شيء آخر بأداة من أدوات الشرط « إن . وإذا الخ » كأن يقول شخص إن نجحت فى امتحان هذا العام لأتصدقن بمبلغ كذا على الفقراء فإنه علق حصول التصدق على حصول النجاح فلا يكون ملتزما ديانة إلا إذا نجح ، أو إن أقرضت فلانا كذا فأنا كفيل فإنك قد علقت كفالتك على وجود شيء آخر . فالتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات الشرط . فى الحقيقة أن الالتزام يشتمل على جملتين فعل الشرط « المعلق عليه » وجواب الشرط « المعلق » ولا وجود للمعلق إلا بوجود المعلق عليه فعلا (١) .

— ٤ —
التعليق على مستحيل لا يتم معه العقد

٤٢٧ — **التعليق على مستحيل** : فإذا كان المعلق عليه مستحيل الوجود كأن تقول لشخص إن شربت ماء النيل كله فأنا كفيل عنك فى دينك أو إن تكلم الجمل أضمن لك الدين الذى على فلان ، أو إن دخل الجمل فى سم الخياط

---

(١) وبذا تجد أن الأحكام بالنسبة لاتصالها بالعقود اربعة اقسام « — ١ — الاقتصار وهو ثبوت الحكم وقت وجود السبب فى الحال فالحكم يبتدىء من وقت وجود السبب مقتصرا عليه فلا يتقدمه ولا يتأخر عنه إلا إذا كان يقبل خيار الشرط ووجد فعلا — ٢ — الانقلاب . وهو صيرورة ما ليس بعلة علة كالتعليق فمثلا قول الرجل لامرأته أنت طالق علة لثبوت حكم الطلاق لكن إذا علقه على خروجها إلى جهة معينة لا يعتبر قوله أنت طالق علة لظهور الحكم الا عند وجود الشرط المعلق عليه الذى هو خروجها الى هذه الجهة وينقلب ما ليس بعلة علة ويظهر حكم الطلاق عند تحقق الخروج — ٣ — التبيين . وهو أن يظهر فى الحال تقدم الحكم وهذا كالتعليق على شيء ظهر أنه حدث من قبل أن كان أخى مدينا لك فعلا فأنا كفيل — ٤ — الاستناد وهو أن يكون للحكم أثر رجعى رغم ثبوته فى الحال مثل حكم عقد الفضولى وعقد الصبي المميز بعد إجازتهما ممن يملك الاجازة ومثل حكم العقد الذى اتصل به خيار الشرط بعد البت فى الخيار .

أسقطت حقى فى الشفعة . فلا ينعقد بذلك عقد مطلقا ويكون قصد المتكلم إظهار استحالة المعلق .

— ب —

التعليق على ما حدث أو على المشيئة يكون تنجيزا

٤٢٨ — **التعليق على شيء يظهر حدوثه من قبل** : أما إذا كان المعلق عليه قد حدث فعلا عند التعليق أو قبله كان العقد منجزا والتعليق صوريا كأن تقول لآخر إن نجحت فى الامتحان فأنت وكيل عنى فى كذا وتكون النتيجة ظهرت فعلا ونجحت ، أو تقول إن كان أخى مدينا لك بكذا فأنا كفيل ثم يظهر أنه مدين فعلا من قبل أو أن يقول رجل لامرأته إن كنت قد ذهبت اليوم إلى جهة كذا فأنت طالق أو أن يقول شخص لآخر بعتك هذه الدار بألف جنيه إن شئت. لأن العقد فى الأمثلة الأولى التعليق فيه صورى وفى المثال الأخير العقد نفسه لا يتم إلا بالقبول وهو نفسه إظهار لمشيئته .

— حـ —

التعليق على ما يحتمل الحصول مستقبلا يكون العقد معلقا

٤٢٩ — **التعليق على ما لم يحدث ويحتمل الحدوث مستقبلا** : لا يكون التعليق حقيقيا إلا إذا كان المعلق عليه لم يحدث فعلا وكان واجب الحصول أو جائزه وهذا هو الأصل فى التعليق كأن تقول لآخر إن أشرقت شمس الصباح فأنت وكيل عنى فى شراء كذا ، أو إن أقرضت فلانا عشرة جنيهات فأنا بها كفيل ، أو إن قال لامرأته إن خرجت من المنزل فأنت طالق ، فإن هذه العقود معلقة على شروق الشمس وعلى الإقراض وعلى الخروج فإذا حدث شيء من ذلك وجد المعلق وتحقق العقد وظهر أثره .

ومع هذا فالعقد المعلق أيضا يصح أن يكون مطلقا من القيود والشروط كما تقدم ويصح أن يكون مقيدا بشرط كأن تقول لآخر إن أقرضت فلانا عشرة جنيهات فأنا بها كفيل بشرط أن يكون ذلك فى مدى أسبوع أو بشرط أن يكون ذلك أمام أخيه .

— ا —

يقبل التعليق على أى شرط

٤٣٠ — **عقود تقبل التعليق على أى شرط** : من العقود ما يصح تعليقه على أى شرط ملائما كان أو غير ملائم لانتفاء الغرر ، أو لأنها غير ملزمة ، أو لأن طبيعتها لا تمنع ذلك مثل النذر كأن تقول لله على نذر إن نجحت فى امتحان هذا العام لأتصدقن بكذا على الفقراء ، وكالوكالة فتقول . إن سافرت فأنت وكيل عنى ، وكالوصية إن مت فلك ثلث مالى وصية ، والإيصاء إن مت فأنت

وصى على أولادى ، والطلاق كأن يقول لامرأته إن خرجت فأنت طالق ، وتسليم الشفيع فى حق الشفعة . إن كان ثمن المبيع ألفا فقد أسلمت فى الشفعة.

يقبل التعليق على الشرط الملائم

٤٣١ — عقود تقبل التعليق على شرط ملائم : ومن العقود ما لا يصح تعليقها على مطلق شرط بل على الشرط الذى يتناسب مع مقتضى العقد شرعا أو عرفا بأن كان أساسا لوجود العقد نفسه أو كان سببا لثبوت الحق وذلك فى عقود الالتزامات التى يكون متبرعا بها غير ملزم عند إنشائها وهى تشمل: الكفالة والحوالة والإذن للصبى بالتجارة فيصح أن يقول إن أقرضت فلانا كذا فأنا كفيل ويصح أن يقول البائع للمشترى إن استحق أحد المبيع فأنا كفيل بالثمن ، ويصح أن يقول شخص لآخر إن لم يدفع المدين لك ما عليه من دين غدا فأنا قابل للحوالة على به ، ويصح أن يقول الوصى للصبى المميز إن أظهرت حسن تصرف وخبرة فى الأعمال فقد أذنت لك فى التجارة . أما التعليق على ما لا يتلائم مع طبيعة العقد فلا يصح ولا تتم معه هذه العقود إذ الأصل فى العقود الرضا وهو لا يتحقق إلا مع الجزم وقد أبيح التعليق مع الشرط الملائم لأن طبيعة العقد تقتضيه .

لا يقبل التعليق

٤٣٢ — عقود لا تقبل التعليق مطلقا : من العقود ما لا يقبل التعليق بطبيعته(١) فإذا علقت فسد العقد وهى عقود التمليك مطلقا وما أشبه التمليك من الإسقاطات كالوقف، وعقود التقييدات كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبى المأذون له بالتجارة . فلا يصح العقد إن قال شخص لآخر بعتك دارى هذه إن باعك فلان داره ، أو أجرتك دارى إن نقلت إلى بلدة أخرى ، أو تزوجتك إن قبل أبى ، أو وهبتك هذه السيارة أو هذا الكتاب إن نجحت فى الامتحان أو تقول للدائن رهنتك هذه الدار إن اشتريت دارا أخرى، أو تقول لآخر إن بعت لى أرضك هذه وقفتها على جهة كذا ، أو يقول شخص لمطلقته إن تزوج أخى . فقد راجعتك إلى عصمتى ، أو أن يقول شخص لوكيله إذا حضر فلان فأنت معزول من وكالتى إلى غير ذلك فإنه لا يصح مع التعلق أى عقد

(١) إلا ما كان يقبل خيار الشرط كالبيع والإجارة فإن التعلق يصح به لأن الشرع قد ورد به

من هذه العقود . ولا يتم معها بيع أو إجارة أو زواج أو هبة أو رهن أو وقف أو رجعة أو عزل أو ما يكون من هذا القبيل .

٤٣٣ — تعليل الأحناف لما قالوه فى تعليق العقود وعدمه والرأى فى ذلك : يقول الأحناف ويعللون ذلك بأن الأصل فى العقود أن يترتب أثرها عليها ، وإن فى تعليق العقد معنى المقامرة إذ العقد مع التعليق يحتمل الوجود والعدم ، وعلى افتراض وجوده عند تحقق الشرط قد تكون رغبته فى العقد قد زالت (١) . ! ! ولكن لم هذا التعليل بالنسبة لهذه العقود دون غيرها ؟ ولعل هذا التعليل غير مسلم به لهم أما بالنسبة لعقود التبرعات فإن مالكا رضى الله عنه قد أجاز تعليقها ولا ضرر من ذلك فما الغرر والمقامرة التى تنتج من أن أهب لآخر شيئا إن نجحت فى الامتحان ، وما الضرر الناتج من أن أعيرك كتابى إن جاءنى كتاب آخر . ثم لم هذا المنع فى غير عقود الزواج والخلع (٢) أما كان الأفضل أن نترك الناس وما يشترطون مادام الشرط ملائما لطبيعة العقد . وعلى كل فالموضوع برمته محل نظر .

تعليل الأحناف لرأيهم فى التعليق

الرأى فى تعليلهم

٤٣٤ — الفرق بين المعلق والمضاف : هذا وإن كنا قد بينا من قبل أن العقود مع الإضافة إنما تنعقد وتوجد فعلا باعتبار أنها سبب رتب الشارع عليه حكما وأثرا . غير أن الحكم هو الذى يتأخر ظهوره حتى يحين الوقت الذى أضيف إليه ولا خلاف فى هذا . أما العقود التى تقبل التعليق فإن الفقهاء يختلفون فيها : هل توجد منعقدة والحكم هو الذى يتخلف إلى وجود المعلق عليه أو لا تنعقد إلا عند وجود المعلق عليه فلا وجود للعقد ولا للحكم .

الفرق بين المضاف والمعلق

---

(١) راجع فى كل ما تقدم رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية بن عابدين ج ٤ ص ٢٤٥ الى ص ٢٥٨ .

(٢) أما عقدى الزواج والخلع فسلامة الأسرة تقتضى أن يكون العقد فيها جازما قاطعا .

الشافعي يرى العقد منعقداً فيهما

٤٣٥ — رأى الشافعية ومن معهم : الشافعية وإن وافقوا الأحناف فى كثير منها إلا أنهم لا يفرقون بين المعلق ، والمضاف إلى زمن مستقبل فى أن العقد يكون منعقدا وموجودا باعتباره سببا فى الحكم، والحكم فقط هو الذي يتخلف عن الصيغة حتى يتحقق ما علق عليه ، أو يأتى الزمن الذى أضيف إليه . ويعللون لذلك بأنه إذا صدر ممن هو أهل للتعاقد عقد معلق ، ثم قبل تحقق المعلق عليه خرج العاقد من أهليته وبعد ذلك وجد المعلق عليه. فإن الحكم لامحالة ظاهر والعقد يتم. فإذا قال رجل لامرأته إن ذهبت إلى مكان كذا فأنت طالق ثم خرج الرجل عن أهليته ، وذهبت هى بعد ذلك إلى المكان المعلق عليه الطلاق . فالطلاق واقع ، وهذا يدل على أن العقد كان قائما موجودا باعتباره سببا رتب الشارع الحكم عليه من وقت وجود الصيغة ، وإلا لما وقع الطلاق لأن العاقد غير أهل للتعاقد. وبهذا يكون المعلق والمضاف كلاهما يعتبر سببا فى الحال .

الأحناف والمالكية يرون العقد المعلق يوجد مع الحكم

٤٣٦ — الأحناف والمالكية : لكن الأحناف والمالكية يفرقون بين العقد المضاف والمعلق ويرون أنه منعقد مع الإضافة إلى المستقبل لأن الإضافة دخلت على الحكم لا على السبب أما فى المعلق فإن انعقاده باعتباره سببا فى الحكم لا يتم إلا مع وجود المعلق عليه واتصال أثره به فورا لأن العقد نفسه قد تعلق وجوده كسبب فى ترتب الحكم عليه على وجود المعلق عليه ويحاولون إبطال وجهة نظر الفريق الآخر بقولهم إن المعلق عليه قد يوجد وقد لا يوجد فكيف يقال إن العقد وجد فعلا وانعقد ، وأن الحكم فقط هو الذى تخلف حتى يتحقق المعلق عليه مع أنه قد لا يوجد ؟ فهل يبقى العقد باعتباره سببا فى الحكم قائما إلى مالا نهاية أم يبطل العقد ؟ . وما الذى يبطله بعد أن وجد واعتبر سببا،هل عدم وجود المعلق عليه ، وهل المعدوم يبطل الموجود؟ وفرع الأحناف على تفرقتهم أن الرجل لو حلف أنه لا يطلق

زوجته ثم قال لها بعد أنت طالق غداً فإنه يحنث فى يمينه لامحالة أما إن علق طلاقها على شىء آخر لايحنث فى يمينه إلا إذا حدث المعلق عليه ووقع الطلاق وما ذلك إلا لأن الطلاق لم ينعقد سببه قبل حدوث المعلق عليه .

أثر الخلاف

٤٣٧ — الأثر المترتب على خلاف الفقهاء فى وجود العقد المعلق :

أثر هذا الخلاف يظهر لو نذر شخص لله بأن يتصدق بعشرة جنيهات إن نجح فى امتحان هذا العام . فهو قد التزم شرعا بنذر يجب ديانة الوفاء به فإذا تصدق فعلا بالمبلغ قبل ظهور النتيجة ، ثم ظهرت النتيجة بعد ذلك بنجاحه . فلا شىء عليه عند الشافعى لأن النذر قد ارتفع إذ حينما تصدق كان العقد قائما فيظهر الحكم فيه . أما عند الأحناف والمالكية فلا يعتبرون ذلك مجزيا فى النذر لأن العقد لم يوجد باعتباره سببا إلا بعد وجود المعلق عليه وهو النجاح ويلزمه ديانة أن يتصدق بالمبلغ بعد النجاح [١] . وأيضا لو قال رجل لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها طلقت عند الأحناف لأنها وقت وجود العقد كانت زوجته فالمحلية متحققة أما عند الشافعى فلا تطلق لأن العقد انعقد عند التكلم ووقتها لم تكن المرأة زوجة له فلم تتحقق المحلية .

المقترن بالشرط التزام أمر لم يوجد فى أمر وجد بصيغته

٤٣٨ — العقد المقترن بشرط والفرق بينه وبين المعلق على شرط :

الاقتران بالشرط هو أن يدخل على العقد شرط ينتج مصلحة لأحد العاقدين أو لغيرهما ، كأن تقول بعتك هذه الأرض على أن أزرعها سنة ، أو بعتك هذه الدار على أن أسكنها شهرا . أو قبلت زواجك على أن أبقى فى بلدتى ، أو على أن لاتتزوج بأخرى . أو يقول شخص لآخر اشتريت منك دارك هذه بألف جنيه أدفعها لك بعد سنة . فقال صاحب الدار : قبلت على أن تحضر لى كفيلا بالثمن ، أو أن يقف شخص ضيعته على الفقراء والمساكين على أن يأخذ هو غلتها مدة حياته ، وهكذا .

---

(١) راجع فى هذا كشف الأسرار جـ٢ ص ٥٩٢ ، فتاوى ابن تيمية جـ٣ ص٣٥٣ ، الملكية ونظرية العقد ص ٢٤٨ وما بعدها ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٢٢٢ ، ٢٢٣ .

وقد سبق الكلام عن الشروط التى تتصل بالعقد، وبينا أقسامها، وأقوال الفقهاء فيها — والشرط يقترن بالعقد فى كل الأحوال سواء أكان العقد منجزا أم مضافا أم معلقا وسواء أكان مؤبدا أم مؤقتا — فيصح أن تقول غير ماسبق جعلت أرضى هذه صدقة موقوفة من العام القادم على الفقراء على أن آخذ غلتها مدة حياتى، أو يقول شخص إن مت فقد جعلت لك زراعة حقلى هذا سنة على أن لا تغرس به شجرا أو تقيم فيه بناء إلى غير ذلك

وبذا تعرف الفرق بين العقد المعلق والعقد المقترن بشرط فالأول يتوقف فيه وجود العقد على وجود الشرط المعلق عليه . أما الثانى فالعقد غير متوقف على شىء لكن اتصل به شرط أضافه العاقد لأنه يحقق له مصلحة أو لغيره فإن كان الشرط يتضمن العقد أو جاء مؤكدا لمقتضاه أو أذن به الشرع أو ورد به العرف فهو صحيح وإلا ففاسد كما تقدم . ويمكن القول بأن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر لم يوجد بأداة من أدوات الشرط ، أما المقترن بالشرط فهو إلتزام أمر لم يوجد فى أمر وجد بصيغته [١]

(١) مع ملاحظة أن العاقدين إذا اتفقا على شرط قبل العقد ثم أجريا العقد من غير نص عليه ولا إشارة له فالمشهور عن الشافعى ورأى أبى حنيفة أنه لا تأثير لهذا الشرط على العقد ويكون الشرط السابق مجرد وعد غير لازم قضاء وذهب مالك وأحمد إلى أن الشرط السابق كالشرط المقارن غير أنه روى عن أحمد أن الشرط السابق إذا كان رافعا لمقصود العقد أبطله كالعينة .

القسم الرابع

الخيارات وعيوب الارادة

الفصل الأول

خيار التعيين

الخيارات شروط ترد على العقد

٤٣٩ – الشروط والخيارات : قلنا إن الفقهاء بين مضيق وموسع فى الشروط التى يرغب فيها المتعاقد ويدخلها فى العقد وقلنا إن منها مايكون جاء بمقتضى العقد ، ومنها ماجاء موافقاً لمقتضى العقد ومنها ماورد به الشرع أو جرى عليه العرف ، ومن هذه الشروط الخيارات (١) فهى تحفظات تصاحب العقد إما بقوة الشارع من غير أن ينص عليها ، وإما لابد لها من اشتراطها عند التعاقد وأن يتم اشتراطها برضاء طرفى العقد . والخيارات فى الواقع تخالف مايقتضيه العقد من التزامات إذ هى تجعل لمن له الخيار حق عدم الالتزام بالعقد (٢) ، والخيارات منها ماجاء به الشرع صراحة ، ومنها ماقيس على ماجاء به الشارع .

تعريف الخيارات

٤٤٠ – تعريفها : والخيارات جمع مفرده خيار . وهو فى اللغة طلب خير الأمرين إما إمضاء العقد أو فسخه ، والمعنى الشرعى لايبعد عن ذلك والخيارات

---

(١) راجع فى الخيارات كتب الفقه مثل البدائع جـ ٥ ص ٢٦١ وما بعدها ، رد المحتار شرح تنوير الأبصار جـ ٤ ص ٤٩ وما بعدها ، درر الحكام شرح غرر الأحكام جـ ٢ ص ١٥١ وما بعدها ، الهداية جـ ٣ ص ٢٢ وما بعدها ، الفتح جـ ٥ ص ١١٠ وما بعدها ، المبسوط جـ ١٣ ص ٣٨ وما بعدها الزيلعى جـ ٤ ص ١٤ وما بعدها ، الجوهرة على مختصر القدورى جـ ١ ص ٢٣٣ وما بعدها ، الكنز للعينى جـ ٢ ص ٨ ، المغنى لابن قدامه جـ ٣ ص ٥٦٢ إلى آخر الجزء ، الفقه على المذاهب الأربعة جـ ٢ ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) الفتح جـ ٥ ص ١١٠ .

فى الفقه الإسلامى كثيرة منها ما يثبت باشتراط المتعاقد نفسه كخيار التعيين وخيار الشرط ، ومنها ما يثبت بحكم الشرع حتى لو لم يشترطه العاقد لأن العقد معه يخرج عن مشروعيته كخيار الرؤية وخيار العيب (١) .

حكمة تشريعها

٤٤١ — حكمة مشروعيتها : الخيارات فى العقود نظرية أوجدها الفقه الإسلامى وهى وإن خالفت ماتنتجه طبيعة العقد من إلزام ، إلا أنها شرعت ليتأكد رضاء العاقد بالعقد وتتحقق رغبته ويكون على بينة من أمره دفعاً للغبن ، ومنعاً للضرر . أو كما يقول صاحب الهداية . شرعت للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن (٢) . فالمرء قد يقدم على إمضاء العقد من غير أن يرى محله أو من غير أن يكون له خبرة فيه وقد يكون فى محل العقد عيب لا يقبل معه المتعاقد الشراء أو يكون الطرف الآخر قد أغراه ليقدم على إمضاء العقد بأوصاف لم تكن فيه إلى غير ذلك . ويخشى إذا أحجم عن التعاقد أن تكون فى العقد مصلحة له يندم عليها إذا تركه وقد لا تتيح له الفرصة لتعاقد الغير عليها أو لعدول صاحبها . فيقدم على العقد من غير أن يتحقق الرضاء فى نفسه أو من غير أن تكون أمامه الفرصة الكافية لرؤية محل العقد وقد قبله على وصفه وقد يكون الوصف غير منطبق على المحل ، وقد يكون فى العقد من الغبن والخديعة مايخرجه عن حقيقته وقد يريد أن يستشير غيره ممن له خبرة ، فشرع الخيار ليتوكد الرضا بالعقد، ويتم على أساس رغبة صادقة وعلم صحيح

طبيعة العقد والخيارات

وقد لاحظ الشارع طبيعة العقد، ومايتنجه الخيار من جعل العقد غير مجزوم به فجعله فى بعض العقود دون البعض حسب طبيعة العقد نفسه وخطورته وجعل منه مالا يثبت إلا برضاء العاقدين على اشتراطه وتمام العقد على أساسه .

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٦١ .

(٢) الهداية جـ ٣ ص ٣٢ .

ومنه مايثبت بقوة الشرع من غير اشتراط والخيارات كثيرة (١) .

تعريف خيار التعيين

٤٤٢ — **خيار التعيين**: وهو أن يشترى أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أيها شاء ، فإذا ذهبت إلى بائع الساعات أو الحلى أو غيرهما وأعجبك نوعان مما عرضه للبيع وعرفت لكل واحد ثمنه ، وأردت أن تعرضهما على شخص آخر له خبرة ليفضل لك أحدهما وتخشى ضياع الفرصة لو لم تتعاقد فيرتفع السعر أو يبتاعهما الغير أو يعدل البائع عن بيعه فتتعاقد معه على شراء واحد منهما غير معين بثمنه على أن يكون لك خيار التعيين. فإذا اخترت أحدهما تعين البيع فيه وأصبح لازما وانتهى الخيار .

---

(١) الخيارات فى الفقه الإسلامى كثيرة نتناول منها بشيء من التفصيل خيار التعيين والشرط والرؤية والعيب وهناك غيرها — ١ — خيار الكفاءة فى الزواج — ٢ — خيار الإفاقة إذا كان الولى الذى زوج المجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة غير الأب والجد فإنه عند الإفاقة من هذا العارض يكون له أولها حق الفسخ ولو كانا متكافئين والزواج بمهر المثل — ٣ — خيار البلوغ إذا بلغ الصغير وكان قد زوجه غير الأب والجد فى حقه أو حقها فسخ العقد وبيان هذا فى دراسة الأحوال الشخصية — ٤ — وخيار القبول هو مايثبته الأحناف للعاقد الآخر إذا ما صدر من الأول الإيجاب فإن للآخر حق أن يقبل هذا الإيجاب فيتم العقد أو يرفض ما دام مجلس العقد لم يتغير وهذا فى الواقع فيه شيء من التجوز لأن العقد لم يتم حتى يعتبر هذا خيار بمعنى فسخ العقد وقد كان الأولى أن يسمى خيار الرجوع إذ الأحناف يرون الإيجاب غير ملزم لصاحبه قبل القبول ومن حقه الرجوع عن التزامه — ٥ — وخيار المجلس وقد سبق بيان شيء عنه وأنه مذهب الشافعى وأحمد — ٦ — خيار الغبن الفاحش وهو أن يثبت للمغبون حق فسخ العقد أو إمضائه — ٧ — خيار النقد . أن يشترط البائع على المشترى إذا لم يدفع له الثمن فى ظرف ثلاثة أيام يكون من حقه فسخ العقد — ٨ — خيار الاستحقاق . ويثبت للمشترى إذا استحق بعض المبيع فيحق له أن يرد الباقى أو يأخذه بحصته — ٩ — خيار التغرير الفعلى إذا فعل البائع فى المبيع شيئا يغش به البائع ليجعله مرغوبا له — ١٠ — خيار كشف الحقيقة . أن يقول البائع للمشترى بعتك السلعة بما فى يدك أو بما فى حافظتك فله خيار الفسخ بعد كشف الحقيقة — ١١ — الخيار عند ظهور الخيانة فى بيع المرابحة والتولية والوضيعة . بأن يدعى البائع أنه اشترى المبيع بمائة جنيه فيتفق مع المشترى أن يربحه عشرة جنيهات فوق المائة ثم يظهر أن البائع كان اشترى المبيع بأقل من مائة — ١٢ — خيار فوات الوصف المرغوب فيه — ١٣ — خيار تفريق الصفقة بهلاك بعض المبيع فى يد البائع قبل قبضه — ١٤ — خيار صاحب الشأن عندما يعرض عليه الفضولى العقد ، ومنه خيار الولى والوصى فى إجازة عقد الصبى المميز المتردد بين النفع والضرر — ١٥ — الخيار عند ظهور أن المبيع مرهون أو مستأجر — ١٦ — خيار الكمية إذا باع مكيلا أو موزونا أو مزروعا بشيء غير معلوم القدر — ١٧ — خيار العتق : وهو أن يكون الزوجة حق الفسخ إذا كانت أمة فزوجها مولاها ثم اعتقت فالعتق يجعل لها حق الفسخ — راجع فى هذا ابن عابدين ج ٤ ص ٤٩ ، ٥٠

زفر من الأحناف وباقى الفقهاء يمنعونه قياسا

٤٤٣ — آراء الفقهاء فى خيار التعيين: هذا الخيار محل خلاف بين الفقهاء فيمنع الأخذ به الشافعية والحنابلة وزفر من الأحناف لأنه يخالف القياس لجهالة المبيع وأيها التى يظهر فيها حكم العقد. مع أن من شروط صحة العقد أن يكون محل العقد معلوما إذ الجهالة تفضى إلى المنازعة لكن الإمام وصاحبيه يجيزون خيار التعيين مع مخالفته القياس حقيقة إلا أنهم يرون أن الاستحسان يقتضيه (١) (لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ماهو الأرفق والأوفق والحاجة إليه متحققة إذ قد يشترى المرء ويحتاج إلى رأى غيره رأيه فى اختيار الصنف أو اللون ممن لا يتيسر له إجباره على الحضور معه. وقد يكون الشخص يشترى لغيره ممن لا يستطيع الحضور عند البائع. والبائع فى كل هذا قد لا يمكنه من حمل السلعة وأخذها خارج محله إلا بالشراء. فكان خيار التعيين ضروريا، والجهالة المترتبة عليه لا تفضى إلى النزاع لتعيين الثمن فى كل، وتفويض المشترى فى الاختيار فأشبه خيار الشرط الذى ورد النص بمشروعيته، والجهالة إنما تفسد العقد إذا أفضت إلى المنازعة وقد جاء على هامش الزيلعى « إن الإنسان قد يحتاج إلى حذاء مثلا ولا يتيسر له الخروج إلى السوق بنفسه بأن يكون من الرؤساء أو من النساء فى البيوت فيحمل إليه من يقوم مقامه فى الشراء». ولعل مثل هذا متعارف متداول بين الناس. ولما كان خيار التعيين جاء على خلاف القياس فإن الآخذين به قصروه على العقود الناقلة للملكية كالبيع (٢)، وما فى حكمه من الهبة باشتراط العوض والقسمة للضرورة فيها دون غيرها.

باقى الأحناف يقرونه استحسانا

تقريره فى المبادلات المالية فقط

---

(١) راجع فى هذا الزيلعى جـ٤ ص ٢١ والهامش أيضاً، الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو جـ٢ص ١٥٣، ١٥٤، شرح الكنز للعينى جـ٢ص ١١، المبسوط جـ١٣ص ٥٥، الهداية جـ٣ ص ٥، الفتح جـ٥ ص ١٣٠، البدائع جـ٥ص ٢٦١ إلى ص ٢٦٣، رد المحتار جـ٤ص ٦٤

(٢) ويمكن أن يكون أيضا فى عقود الإجارة لأنها تمليك منافع فيقول المؤجر مثلا للمستأجر أجرت لك إحدى هذه المساكن الثلاثة ويبين لكل منها أجرا فيقبل المستأجر على أن يعين واحدة منها والتفاوت فيها متحقق لأنها تختلف فالطابق الأول يختلف عن الثانى قربا وبعدا واتساعا وضيقا ومن ناحية الضوء هذا إذا لم تختلف وجهاتها ومساحاتها وهكذا فى غيرها.

شروط صحة خيار التعيين

٤٤٤ — مايشترط لصحة خيار التعيين عند من يجيزه : أن يكون التخيير بين ثلاثة أشياء أو اثنين فيفسد العقد إذا زادت السلع عن ثلاث لأنها كما يقول صاحب الدرر الحكام « وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة وهو أن يبيع أحد العبدين أو الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء ولا يجوز ذلك فى الأربعة . . لأن الثلاثة فيها الجيد والردىء والمتوسط » .

٢ - أن تكون السلع التي يتعين بينها الخيار متفاوتة متعينة محددا ثمنها . أما كونها متفاوتة فليكون الاختيار مفيدا منتجا ، وأما تعيينها وتحديد ثمن كل سلعة منها على حدة فلمنع الجهالة المفسدة للعقد والمفضية إلى المنازعة يقول صاحب الكنز « ولو باع عبدين على أنه بالخيار فى أحدهما . إن فصّل وعين صح وإلا لا . أى صح إن فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذى فيه الخيار ، ولأن العقد إنما ينعقد على واحد منها غير معين فيجب أن يعرف الثمن ويتعين لهذا .

٣ - أن تكون مدة الخيار لها مدة معلومة كي يتبين كل واحد منهما موقفه بعدها ، وحددها الإمام بثلاثة أيام ، وأطلقها الصاحبان إلى الوقت الذى يتفقا عليه واكتفيا بشرط أن يكون الوقت معلوما محددا متفقا عليه قل أم كثر .

خيار التعيين وخيار الشرط

٤٤٥ — هل العقد لازم مع خيار التعيين أم لا : من فقهاء الأحناف من يرى أن خيار التعيين يكون متضمناً دائماً خيار الشرط ، ومنهم من لا يرى ذلك . فعند الفريق الأول منهم يصح أن يفسخ العقد جميعه ولا يشترى من له الخيار أى شيء منها فلا يترتب على العقد أى حكم كما يصح له أن يشترى إحداها . واتجه إلى هذا كثير من الفقهاء منهم صاحب الهداية وصاحب الفتح ودلل له (١) وعلى رأى من يرى أن خيار التعيين يكون غير متضمن خيار الشرط إلا إذا اشترط ذلك معه يرون العقد ملزما فى واحد منها غير معين وليس من حق من له خيار التعيين فقط أن يرد الجميع . لكن

حكم العقد مع خيار التعيين

---

(١) الفتح جـ ٥ ص ١٣١ .

الزيلعي وصاحب البدائع قالا «إن خيار التعيين فيه معنى خيار الشرط فيكون العقد معه غير لازم وللمشترى أن يرد الجميع لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملا للفسخ وهذا لأن جواز هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك ولا تنعدم حاجتهم إلا بعد اللزوم لأنه عسى أن لا يوافقه شيء منها فيحتاج إلى ردها».

الرأى لزوم العقد قبل خيار التعيين

وإنا نميل إلى أن البيع لازم قبل خيار التعيين فى أحد المبيع إذا لم يكن له خيار الشرط ولم يوجد سبب آخر يقتضى الفسخ لأن العقد ما تم على أن يكون له حق الفسخ وإنما تم على أن يكون له حق اختيار أحدهما فقط فالعقد لازم بالنسبة لواحد غير معين وعلى من له الخيار التعيين ولذا يقول صاحب الهداية «ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما. ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا».

هلاك إحدى السلعتين

للورثة حق خيار التعيين

٤٤٦ — **موت من له خيار التعيين قبل الاختيار**: لو مات من له هذا الحق قبل التعيين كان لورثته حق التعيين لأن إحدى السلعتين موروثة لهم باعتبار أن البيع لازم فى إحداها وإنما كان خيار التعيين يثبت للورثة ضرورة إذ ملك المورث أصبح مختلطا بملك الغير يقول صاحب العناية «ولو مات المشترى بقى للوارث خيار التعيين لاختلاط ملكه بملك الغير، ولم يكن هذا الحق ثابتا لهم بطريق الميراث لأن قاعدة الأحناف أن الحقوق المحضة لا تورث لأنها مجرد رغبة ومشيئة وإنما ثبت هذا للورثة إبتداء ليتعين ملكهم من ملك غيرهم.

حتى على من يرى من الفقهاء أن خيار التعيين يلزم أن يكون معه خيار الشرط إذ بالموت سقط حقه فى الخيار وبقى للورثة ملك ثابت فى شيء مما كان لمورثهم التعيين فيه فلزمهم التعيين ليتميز ملكهم من ملك الغير.

هل لمن له خيار التعيين شراء السلعتين

٤٤٧ — **هل لمن له خيار التعيين شراء الجميع بنفس العقد**: فى الواقع أن الإيجاب والقبول وقعا على أن محل العقد شيء واحد متردد بين هذه الأشياء ولذا فليس لمن له الخيار أن يأخذ إلا سلعة واحدة، لأن المبيع فى

الحقيقة أحدهما والآخر أمانة .. ولو هلكا جميعا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما، أما إذا احتجز السلع جميعها وقبل الآخر فهو عقد جديد بينهما يكون صاحب الإيجاب فيه المشتري.

هل للبائع خيار التعيين

٤٤٨ — هل يثبت خيار التعيين للبائع : الفقهاء لا يجيزونه للبائع لأن خيار التعيين جاء على خلاف القياس للضرورة فلا يتوسع فيه والحاجة قد تدعو المشتري إليه دون البائع لأن المبيع كان في يده قبل البيع. لكن الفقيه الكرخي قد أجاز ذلك للبائع أيضا وهو ما أميل إليه إذ العلة قد تكون في جانبه فمن الجائز أن يملك شخص سيارتين ويعرض عليه آخر له خبرة فيها الشراء ويحدد لكل منها ثمنا ويكون صاحبهما في حاجة إلى أن يتخلص من إحدى السيارتين لكنه يرغب في أن يعرض الأمر على غيره من أهل الخبرة لينتخب له إحداهما ويوازن بينهما. فيقبل أن يبيع إحداهما بالثمن الذي حدده الآخر على أن يكون له خيار التعيين في أيهما يبيع، وقد لا يقبل المشتري اشتراط خيار الشرط للبائع كي يلتزم البيع في إحداها.

بقي أن نقول إنه يستحيل اشتراطه لهما معا لاحتمال التناقض مع التزام العاقد في إحداها .. وقواعد الوكالة تقضي بجواز اشتراطه للغير.

مبطلات خيار التعيين

٤٤٩ — مبطلات خيار التعيين : يبطل خيار التعيين إما باختيار المشتري وتعيينه السلعة التي يرغب فيها صراحة كأن يقول اخترت هذا الثوب أو ما يشبه ذلك، أو دلالة كأن يتصرف في سلعة منها بما يدل على تعيين الملك فيه كأن يكون في شاة فيذبحها أو يبيعها أو قماشا فيخيطه، وقد يبطل ضرورة كأن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لأن الهالك منهما تعين محلا للبيع ولزمه الثمن وتعين الآخر أمانة.



الفصل الثانى

خيار الشرط

خيار الشرط تعريفه

٤٥٠ - **تعريفه** : هو أن يكون لأحد العاقدين أو لهما معاً ، أو لمن ينيبه كل منهما الحق فى إجازة العقد أو فسخه باشتراط ذلك فى العقد ، ولذلك سمى خيار الشرط . إذ لا يكون إلا باشتراطه فى العقد صراحة بأى لفظ يدل على عدم الالتزام بالعقد مدة معينة فيقول البائع بعت على أن يكون لى الخيار أو إن رضى فلان ، أو يقول ذلك المشترى ، وهكذا فإذا تبايع اثنان واشترط البائع والمشترى أو أحدهما أن يكون له الخيار فى إجازة العقد أو فسخه ، أو يكون العاقد أو أحدهما قد اشترط ذلك لشخص آخر عينه له خبرة فى موضوع التعاقد أو كان صاحب شأن بأن كان العاقد وكيلا عنه أو كان فضولياً .

متى يشترط

٤٥١ - **متى يشترط** : وهذا الشرط يكون أثناء التعاقد مصاحبا للعقد . فلا يصح أن يكون قبل العقد ، ولكن يصح أن يلحق العقد ولو بفترة طالت أم قصرت يقول صاحب الفتح(١) « يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح ما دام الثانى قد قبل ذلك لأن للمتعاقدين حق الفسخ من غير خيار إذا ارتضيا الفسخ ، فكان لهما حق إلحاق الخيار بالعقد بعد المجلس كما كان لهما فى مجلس العقد وخالف فى ذلك أحمد بن حنبل ، والشافعى يقول ابن قدامة فى المغنى(٢) : « ولو ألحقا بعد العقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه وبهذا قال الشافعى ، لأنه عقد لازم فلم يصر جائزا بقولهما » .

دليله مشروعيته

٤٥٢ - **دليل مشروعيته** : ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لأحد الأنصار وكان يغبن فى البياعات : « إذا بايعت فقل لا خلابة ، ولى

---

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١١١ .

(٢) المغنى ج ٣ ص ٥٧٩ ، ٥٨٠ .

الخيار ثلاثة أيام، وفي رواية أخرى، إذا بايعت فقل لا خلابة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال، ومعنى لا خلابة لا غبن ولا خديعة فكان هذا دليلا على مشروعية هذا الشرط في العقد مع مخالفته لمقتضي عقد البيع وهو اللزوم.

حكمة مشروعيته

٤٥٣ — حكمة مشروعيته: يفهم من سبب الحديث أن المتعاقد قد يكون في حاجة إلى الرجوع إلى غيره وإستشارته فيما تعاقد عليه لأنه غير خبير في موضوع العقد، أو لأنه يغبن في عقوده، أو لأنه يتعاقد لغيره في الواقع ويريد أن لا يلتزم بالعقد حتى يعرض الأمر على من يعنيه رضاه. ولولا تشريع خيار الشرط لكان العقد لازما لا يمكن لأحدهما أن يفسخه مستبدا إلا لعدم رؤية محل العقد أو عيب يقتضي ذلك، فخيار الشرط شرع في الواقع لحماية المتعاقد من التزامه بعقد يكون الرضاء فيه غير موفور، والرغبة فيه لم تتأكد وقد يرى العاقدان أن في مصلحتهما الارتباط، أو يعتقد أحدهما أن مصلحته في الارتباط مخافة ضياع الفرصة لو أرجأ العقد، فيعطي الآخر الفرصة ويجعل العقد غير لازم بالنسبة له مع التزامه هو حتى يتروى الآخر ويوازن الأمر في نفسه أو يرجع إلى من يرى استشارته، كما يصح أن يعقد العقد وكل منهما متردد في أن هذا العقد لصالحه فيشترط كل منهما لنفسه هذا الحق حتى يتروى أو يرجع إلى ذي خبرة، ولعل هذا مشاهد لنا كثيرا ويحدث بيننا في كل وقت.

العقود التي تقبل خيار الشرط والتي لا تقبله

٤٥٤ — طبيعة العقود وخيار الشرط: من الملاحظ أن الأثر الذي يترتب على خيار الشرط هو أن يصير العقد غير لازم بالنسبة لمن كان الشرط له فكان من الواضح أن العقود في قبول هذا الشرط ليست سواء، بل تختلف حسب طبيعتها، وقد قلنا إن العقد إما أن يكون لازما أو غير لازم. وبينا أن منها ما لا يقبل الفسخ مطلقاً، ومنها ما يتوقف الفسخ فيه على رضاء طرفيه، ومنها ما يقبل الفسخ مطلقا، ومنها ما يقبله من جانب دون الآخر. فالعقود التي لا تقبل الفسخ لا تقبل خيار الشرط لأن طبيعتها تقتضي اللزوم والخيار يتنافى

مع ذلك ، والعقود التي تقبل الفسخ بطبيعتها فإنها لا تقبل الخيار أيضاً لأنه لا فائدة من اشتراطه إذ العقد يمكن فسخه من غير اشتراط الخيار ، وبذا تكون العقود التي تقبل خيار الشرط هي العقود التي لا تفسخ إلا برضاء طرفي العقد بشرط ألا يتوقف تمامها على القبض كالسلم والصرف إذ اشتراط الخيار يتنافى مع اشتراط القبض فيصح أن يدخل خيار الشرط في عقود البيع والإجارة والمزارعة والمساقاة والكفالة والقسمة ، والحوالة إلى غير ذلك ، ولا يدخل في الطلاق المجرد والوكالة والهبة بغير عوض والوصية(١).

من يثبت له خيار الشرط

٤٥٥ — لمن يثبت خيار الشرط : يثبت لمن اشترط له من العاقدين أحدهما أو كلاهما لنفسه أو لغيره فيصح أن يشترط البائع أو المؤجر لنفسه أو للمشتري والمستأجر فيقول بعتك كذا أو أجرت لك كذا وأنت بالخيار ثلاثة أيام مثلا ، وكذا العكس كما يصح أن يشترط ذلك لكل منهما معاً ، ويصح أن يكون ذلك من كل منهما لأجنبي عن العقد ، ولم يخالف في جواز اشتراط ذلك لأجنبي (٢) سوى زفر وعلل لذلك بأن خيار الشرط من حقوق العقد ، وهي تثبت للعاقد واشتراطها لغيره مفسد للعقد ولأن هذا الشرط يتعلق بانفساخ العقد وإبرامه ، وينبغي أن لا يكون ذلك بفعل الغير ، وهو كخيار العيب والرؤية وهما لا يثبتان للغير اتفاقا . لكن باقي الأحناف ووافقهم المالكية والحنابلة ورواية عن الشافعي . يرون . أن حكمة مشروعية خيار الشرط تقتضي ذلك ولأن اشتراطه للغير اشتراط لنفسه إذ يجعل غيره نائبا عنه ، ولا يكون ذلك إلا بعد ثبوت الخيار له ، وهذا الأجنبي المشروط له الخيار ما هو إلا وكيل عنه ، ولذا لم يسقط حق العاقد نفسه في الخيار باشتراطه للغير ، ويعلل الحنابلة لهذا بقولهم « إن الخيار يعتمد شرطهما

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٥٢ ، ٥٣ ، المغني ج ٣ ص ٥٩٤

(٢) المبسوط ج ١٣ ص ٤٧ إلى ٤٩ ، البدائع ج ٥ ص ٢٧١ ، الزيلعي ج ٤ ص ١٩ ، ٢٠ الفتح والعناية ج ٥ ص ١٢٦ ، ١٢٧ ، المغني ج ٣ ص ٥٨٧

ويفوض إليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما فلا يجوز إلغاؤه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك » فلكل واحد من المشترط والمشروط له حق الفسخ ».

جواز اشتراطه لأجنبي لا يبطله حق الأصيل

٤٥٦ — **اشتراطه لأجنبي لا يسقط حق الأصيل في الشرط**: وإذا اشترط أحدهما الخيار لأجنبي عن العقد فالأحناف عدا زفر يرون أن حق المشترط نفسه لا يسقط في الخيار وإذا اتفقا على الفسخ أو الإجازة فالأمر ظاهر، وإن اختلفا فصاحب العبارة الأولى مقدم لأن صاحب العبارة الأولى تأتي عبارته فتجعل العقد إما لازما بالإجازة وإما منفسخا بالرفض وعلى كل فلا تجد العبارة الثانية محلا. وإذا افترضنا ما قاله الفقهاء من احتمال أن يصدر منهما نقض وإجازة في وقت واحد فيفسخ أحدهما ويجيز الآخر. فإني أميل إلى ما روى من أن رأى الأصيل مقدم وأحق بالاعتبار لأنه هو الأصيل والنائب إنما يستمد منه السلطان ويقول الزيلعي[1] في هذا « ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فالأسبق أحق، وإن كانا معا في وقت واحد كان الفسخ أولى من الإجازة، وفي رواية أخرى تصرف المالك أولى فسخا كان أو إجازة لأن الأصل أقوى إذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصح أن يكون معارضا للأصل ولأنه لما أقدم على التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما ».

مدة خيار الشرط

٤٥٧ — **مدة خيار الشرط**: يجوز اشتراطه لمدة ثلاثة أيام فأقل باتفاق الفقهاء. أما إذا اشترط أكثر من ذلك فأبو حنيفة وزفر والشافعي لا يجيزون هذا الشرط ويرون العقد معه فاسدا لأن خيار الشرط جاء على خلاف القياس والأصل فيه الفساد لأنه يناقض مقتضى العقد فيقتصر فيه على ما ورد به النص وهو ثلاثة أيام. ويرى الصاحبان ومعهما أحمد بن

الإمام وزفر والشافعي

---

(١) الزيلعي ج ٤ ص ١٩، ٢٠

الصاحبان وأحمد حنبل إجازة شرط الخيار بأى مدة يتفق عليها المتعاقدان طالت أم قصرت ما دامت المدة محددة معلومة لأن الخيار شرع للحاجة وقد يقتضى الاختبار والموازنة والاستشارة وقتاً أكثر من ثلاثة، أيام وقصد العاقدين واتفاقهما على مدة أكثر من ذلك دليل على أن ظرف المشترى أو موضوع العقد يقتضيه حتى يتم الخيار عن رضا أكيد يرتفع معه الغبن ، وقالوا إن المدة التى جاءت فى الحديث كانت خاصة بالشخص المخاطب نفسه لأن الرسول صلى الله عليه وسلم لاحظ كفايتها له ولعقوده — ولذا تجد الإمام مالكا يجيز العقد مع اشتراط الخيار مدة أكثر من ثلاثة إيام إن كان موضوع التعاقد يقتضى هذه المدة . فهو يعتبر الأصل ثلاثة أيام وينظر بعد ذلك إلى محل العقد لا إلى اتفاق المتعاقدين .

إذا كانت المدة مجهولة

هذا فى المدة طالت أم قصرت مادامت معلومة معينة أما إذا كانت المدة غير معلومة بأن قال أنت بالخيار مدى الحياة أو كانت معلقة على مجهول بأن قال بشرط أن يكون لى الخيار حتى تمطر السماء أو حتى يبرأ فلان من مرضه فإن العقد يكون مع هذا غير صحيح لأنه يؤدى إلى النزاع والغرر وليس فى هذا خلاف إلا ما روى عن مالك من إجازة العقد وتحديد مدة تناسب موضوع العقد .

إذا حدد أربعة أيام وأجاز فى الثالث

٤٥٨ — إذا اتفقا على مدة غير جائزة ثم أجازا العقد فى المدة الجائزة : إذا حددا مدة أكثر من ثلاثة أيام كأن يتفقا على الخيار لمدة أربعة أيام فقد عرفنا رأى الفقهاء فيها . فإذا أجاز من له الخيار العقد قبل نهاية اليوم الثالث . فالإمام أبو حنيفة يرى أن الفساد يرتفع ويبقى العقد صحيحا لأنه قد أسقط المفسد قبل تقرره والفساد إنما ينشأ من بقاء العقد من غير أن يفصل فى الخيار أكثر من ثلاثة أيام فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد فيبقى صحيحا . أما زفر فيرى أن العقد باشتراط أكثر من الأيام الثلاثة

انعقد فاسداً من الأصل فلا ينقلب جائزاً بعد ذلك (١)، ولا يرتفع عنه الفساد

حكم العقد مدة الخيار

٤٥٩ — حكم العقد فى مدة الخيار عند غير الشافعى وأحمد (٢) : الفقهاء جميعا إلا رواية عن أحمد والشافعى متفقون على أن حكم العقد يتخلف عن العقد بسبب خيار الشرط بالنسبة لمن اشترط الخيار له فإذا كان الخيار للبائع فإن ملكيته للمبيع لا ترتفع ، وإن كان الحكم بالنسبة للآخر لازما ويخرج الثمن من ملكه غير أنه لا يملك التصرف فى المبيع لاحتمال فسخ البائع للعقد ، والبائع إذا تصرف فى الثمن يكون قد أجاز البيع بطريق الدلالة وهكذا فى العكس ، أما إذا كان الخيار لهما فيتخلف الحكم بالنسبة لهما فالمبيع على ملك بائعه والثمن على ملك المشترى . والعلة فى قولهم إن الحكم يتخلف بالنسبة لمن له الخيار هو أن اشتراط الخيار يدل على عدم تحقق الرضا من ناحية من له الخيار والأحكام تتبع العقود إذا تحقق فيها الرضا . وغير ذلك فإنه لا خلاف مطلقا على أن العقد غير لازم بالنسبة لمن له خيار الشرط ، وبذا يكون الخيار قد جعل العقد اللازم غير لازم ، وقد رتب أحكام هذه العقود على أنها لازمة فيتخلف الحكم حتى يصير العقد لازما .

الأحناف ومن معهم ودليلهم

العقد المضاف والذى فيه خيار الشرط

٤٦٠ — العقد المضاف وما دخله خيار الشرط عند هؤلاء : هناك تشابه بين العقد المضاف والذى فيه خيار الشرط من ناحية انعقاد العقد وتخلف الحكم حتى يأتى الزمن المضاف إليه أو حتى يسقط الخيار ويختلفان من ناحيتين . تخلف الحكم فى المضاف ناشىء من الصيغة لكنه هنا من أمر زائد وهو الشرط ، ولأن المضاف لا يمكن أن يكون للحكم فيه أثر رجعى فلا ينسحب إلى ما قبل الزمن الذى أضيف إليه . ولكنه هنا عند إسقاط الخيار يظهر أثر الحكم فى العقد لا من تاريخ إسقاط الخيار ولكن من تاريخ انعقاد العقد .

---

(١) راجع فى الموضوع . المبسوط جـ ٣ ص ٤١ ، الفتح والعناية جـ ٥ ص ١١١ إلى ١١٣ ، الزيلعى جـ ٤ ص ١٤ و ١٥ ، المغنى جـ ٣ ص ٥٨٩ ، ٥٩٠ .

(٢) راجع فى الموضوع . البدائع جـ ٥ ص ٢٦٤ إلى ٢٦٧ ، الفتح والعناية جـ ٥ ص ١١٥ إلى ص ١٢٠ الزيلعى جـ ٤ ص ١٦ و ١٧ . المغنى جـ ٣ ص ٥٧١ و ٥٧٢

الحكم يتصل بالعقد عند أحمد والشافعي رغم الخيار

٤٦١ — **حكم العقد عند أحمد والشافعي** : وقد نقل عن أحمد والشافعي في إحدى روايتين عنهما أن العقد مع وجود الخيار يتصل به حكمه فورا إذ العقد صحيح نافذ ، وكل ما أوجده خيار الشرط من أثر أنه جعل العقد غير لازم مدة الخيار بالنسبة لمن شرط له ، ولا يوجد مايسبب تأخر الحكم عن العقد. فتثبت ملكية المبيع للمشتري والثمن للبائع وإن كانت هذه الملكية على خطر الزوال إذا فسخ العقد من له الخيار .

رأى الأحناف لا يخرج ملك من له الخيار في مدة الخيار

٤٦٢ — **رأى الأحناف ومن معهم في ملكية من له الخيار وملكية الآخر** : يرى الأحناف ومن معهم أن من له الخيار يبقى الشيء على ملكه حيث لم يلتزم ولم يظهر الحكم بالنسبة له وأما بالنسبة للآخر الذى لم يشترط لنفسه الخيار فإن ما تحت يده من عوض يخرج من ملكه لأن العقد ملزم بالنسبة له غاية الأمر أنه لايملك التصرف في ملك الآخر الذى هو عوض عن ملكه حتى ينتهى الخيار ويبين الأمر ، وبذا نجد أن العقد ملزم لأحدهما دون الآخر ، وتظهر حقوق العقد على ملك الملتزم دون الآخر فإذا فرضنا أن الذى اشترط الخيار هو المشترى دون البائع فإن العقد يكون ملزما بالنسبة للبائع ويخرج المبيع عن ملكه بينما العقد غير ملزم بالنسبة للمشترى ولا يخرج من ملكه ونلاحظ أن البائع مع القول بخروج المبيع من ملكه وظهور حكم العقد فيه فإن الثمن لم يدخل في ملكه ، ولم يظهر حكم العقد فيه حتى بالنسبة للبائع الذى التزم بالعقد .

ما يخرج من ملك من لم يشترط الخيار هل يدخل في ملك الآخر

٤٦٣ — **هل ما خرج من ملك الملتزم يدخل في ملك من له الخيار** :

قلنا إن الأحناف ومن وافقهم يرون أن حكم العقد يتخلف بالنسبة لمن شرط له الخيار وأن الحكم يظهر بالنسبة للثانى في حدود ملكه فتزول عنه ملكيته لكن هل تدخل في ملك الآخر رغم أن العوض مازال على ملكه . بهذا يقول الصاحبان ، ومالك والشافعي وأحمد في الرواية التى سايرا الأحناف فيها كما تقدم . ويعللون ذلك بأنه إذا لم يدخل المبيع مثلا في ملك المشترى

بعد أن خرج من ملك البائع يكون من غير مالك مع أنه مال متقوم . أما الإمام فإنه يرى أن المبيع يبقى موقوفا بعد أن خرج من ملك البائع كى لا يجتمع البدلان على ملك واحد إذا قلنا بدخوله فى ملك المشترى والمعاوضة تقتضى المساواة وعلى كل فإذا تصرف المشترى بأى شىء فى المبيع ثبت ملكه فيه وكان دليلا على إجازة العقد .

٤٦٤ — **أثر هذا الخلاف** : لو قلنا بالرواية التى نقلت عن الشافعى وأحمد وجعلنا الحكم مترتبا على العقد مع وجود خيار الشرط ، وكذا لو قلنا برأى الصاحبين ومن معهم من اجتماع العوضين فى ملك واحد . فإن المشترى إذا اشترى عبداً قريبا له عتق عليه فوراً رغم وجود الخيار ، ومن غير أن يكون للمشترى رغبة فى ذلك . أثر الخلاف

ولو اشترى ذمى من آخر خمراً وشرط لنفسه الخيار ثم أسلم فى مدة الخيار فعلى نظرية الإمام يبطل البيع إذ المشترى لم يملك المبيع وهو ذمى والخمر فى نظره وهو مسلم لا تصلح محلا للعقد فيبطل العقد. وعلى أساس نظرية الصاحبين ومن معهما نفذ البيع وبطل الخيار لأن الخمر دخلت فى ملكه وهو ذمى فبعد أن أسلم لا يملك ردها لأن الإسلام يمنعه من تمليك الخمر . وفى هذا يقول صاحب الهداية (١) « وإذا اشترى ذمى من ذمى خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم ، وعنده يبطل البيع لأنه لم يتملكها بإسقاط الخيار بعد وهو مسلم » . وعلى كل فاشتراط الخيار فى العقد لأحدهما أو لهما معا عند الأحناف مانع من نفاذ العقد بالنسبة إلى من اشترط الخيار له .

٤٦٥ — **التصرفات فى مدة الخيار** : ولما كان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، وخيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه كان لمن له الخيار الحق فى بقاء كل من العوضين مع صاحبه

(١) جـ ٣ ص ٢٤

أن يمنع ملكه عن تسليمه للغير فى مدة الخيار ، ولا يجبر أحدهما على تسليم ملكه للآخر ، فإذا تسلم المشترى المبيع بإذن من البائع لا يملك التصرف فيه فإذا تصرف فيه وكان الخيار له كان إجازة منه للعقد وصح التصرف ، وإن كان الخيار للبائع أولهما بطل التصرف لأن المبيع لم يخرج عن ملك صاحبه. وكذلك لا يجوز للبائع أن يتصرف فى الثمن إلا إذا اعتبر إجازة إذا كان عينا (لا نقدا) وإذا تصرف يكون الحكم كما تقدم ، فإذا كان الخيار للبائع وتسلم المشترى المبيع بإذن منه وهلك فى يده فى مدة الخيار التزم مثله إن كان مثليا وقيمته إن كان قيميا ولا يضمن عليه بالثمن لأن البيع انفسخ بهلاك المحل وصيرورته بحالة لا يجوز العقد عليها ابتداء فلا تلحقه الإجازة . أما إذا هلك بعد إجازة العقد وانتهاء الخيار التزم الثمن لأنه هلك بعد تمام العقد وعدم وجود حق الفسخ أما إذا كان الخيار للمشترى وكان قد أخذ المبيع فى يده ثم هلك فيلزمه الثمن لا القيمة سواء أكان ذلك فى مدة الخيار أم بعدها لأن العقد هنا يعتبر قد تم لتعذر رده (١) .

بطلان التصرفات فى ملك الغير مدة الخيار إلا إذا اعتبر إجازة

هلاك المبيع فى يد المشترى مع خيار البائع

هلاكه مع خيار المشترى

زيادة المبيع لمن تثبت الملكية فيه

٤٦٦ — *نماء المبيع والانتفاع بالثمن فى مدة الخيار* : والزيادة الناشئة عن المبيع فى مدة الخيار تكون الملكية فيها موقوفة فإن تم البيع كانت للمشترى ، وإلا فهى للبائع لأنه مادام التعاقد بالخيار فلا يجوز لأحد المتعاقدين التصرف فى محل العقد كما قلنا . فلا يصح للبائع مثلا أن ينتفع بالثمن إذا فرض وتسلمه من المشترى ، كما لا يصح للمشترى أن ينتفع بالمبيع فى مدة الخيار . وقد بينا قبل أن تصرف من ينفرد بالخيار بشىء من ذلك يعتبر إجازة للعقد وفى هذا كله حيطة أيضا لمنع التحايل بالتبايع بشرط الخيار للوصول إلى الربا فلو أجازوا الانتفاع لكل بالعوض فترة الخيار لا تخذه الناس طريقا للربا وخصوصا إذا أخذنا برأى الصاحبين وأحمد فى المدة يقول ابن قدامة (٢)

---

(١) الفتح والعناية جـ٥ ص ١١٥ إلى ١١٧ .

(٢) المغنى جـ ٣ ص ٥٩٣ و ٥٩٢ .

«إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه فى مدة انتفاع المقترض بالثمن ثم يرد المبيع بماله من خيار عند رد الثمن . فلا خيار فيه . لأنه من الحيل ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به فى مدة الخيار ولا التصرف فيه» .

طريق الفسخ أو الإجازة

٤٦٧ — **طريق فسخ وإجازة من له الخيار** : والإجازة والفسخ يكونان بما يدل على ذلك صراحة كأن يقول أجزت العقد أو ارتضيته أو فسخت العقد أو رفضته إلى غير ذلك فإن كان بائعا وله الخيار فتصرف فى المبيع بالرهن أو الإعارة أو الهبة مع التسليم أو ببيعه للغير أو بالزيادة فيه دل على الفسخ ، وإذا كان الخيار للمشترى وكان قد تسلم المبيع فانتفع به أو تصرف فيه أو طلب الشفعة بسبب المبيع فإن كل هذا يعتبر إجازة أو فسخا دلالة ، وهكذا إذا كان الخيار لهما معا . مع ملاحظة أن الفسخ من أحدهما يعتبر منهيا لخيار الآخر ورافعا للعقد ، أما إجازة أحدهما فهى ملزمة له فقط ولا تسقط حق الآخر فى مدة الخيار (١) .

هل لابد من علم الآخر

٤٦٨ — **هل تتوقف الاجازة أو الفسخ على علم الآخر** : ولمن ثبت له الخيار أن يجيز أو يفسخ فى المدة فإن أجازه صح العقد لأن الإجازة نفسها إسقاط لحق الخيار حتى لو لم يعلم الآخر لأن مضى المدة نفسها منهية للخيار ومبقية للعقد ، وتعتبر إجازة ، وإن فسخ فى مدة الخيار توقف الفسخ على علم الآخر وإلا فلو مضت المدة من غير علمه بالفسخ لزم العقد عند الإمام ومحمد محافظة على مصلحة الطرف الآخر فإذا علم الآخر قبل مضى المدة صح الفسخ وعلى هذا لو فسخ العقد ثم أجازه قبل علم الآخر بالفسخ صحت الإجازة وبطل الفسخ . ويرى أبو يوسف وزفر و الشافعى وأحمد عدم توقف اعتبار الفسخ والنفاذ على علم الآخر أما إذا فسخ دلالة بأن تصرف البائع فى المبيع وكان له الخيار أو تصرف المشترى فى الثمن وكان عينا وله الخيار . فإنه يعتبر من

---

(١) الفتح ج ٥ ص ١٢٠ الى ١٢٢ ، البدائع ج ٥ ص ٢٧٣ . وقدروى عن أبى يوسف عدة روايات .

غير علم اتفاقا (١) وكذا الإجازة اتفاقا لأنها إسقاط للخيار أما الفسخ باللفظ من غير تصرف فى الشىء نفسه يدل على الفسخ فهم يرونه فسخا للعقد وإسقاطا للخيار علم أو لم يعلم الآخر خلافا للطرفين .

هل يورث خيار الشرط

٤٦٩ — **خيار الشرط لا يورث** : إذا مات من له خيار الشرط قبل أن يبدى رأيه أصبح العقد لازما لأن خيار الشرط لا يورث كما يقول الأحناف والحنابلة لأنه مجرد مشيئة وإرادة ولا يمكن انتقاله للورثة لأنه وصف شخصى وفرقوا بينه وبين خيار التعيين الذى قلنا إنه يثبت للورثة لأن المورث استحق المبيع سليما . والشافعية والمالكية يرون أن خيار الشرط يورث لأنه حق ثابت لازم فى البيع . وواضح أنه إذا مات الطرف الآخر الذى ليس له خيار الشرط فإن حق من له الخيار قائم ما دامت المدة باقية وقد قلنا إن العقد يكون لازما بالنسبة لمن ليس له الخيار .

مسقطات الخيار

٤٧٠ — **مسقطات الخيار** : نستطيع أن نلخصها بعد ما ذكرنا ما تقدم بشىء من التفصيل فى الآتى :

١ — الإجازة أو الفسخ صراحة أو دلالة كما تقدم .

٢ — موت من له الخيار - خلافا للشافعى ومالك - مسقط للخيار وملزم للعقد .

٣ — انتهاء المدة من غير إبداء رأى مسقط للخيار وملزم للعقد .

٤ — تعيب محل العقد أو هلاكه أو الزيادة فيه (٢) مسقط للخيار على التفصيل السابق .



(١) المراجع السابقة .

(٢) إلا إذا كانت زيادة منفصلة غير متولدة من محل العقد كالأجرة مثلا فإنها لا تسقط الخيار وإذا فسخ العقد لزم رد الأصل والزيادة منعا لشبهة الربا .

الفصل الثالث

خيار الرؤية [1]

تعيين محل العقد ورؤيته

٤٧١ — رؤية محل العقد ترفع الجهالة وتحقق الرضا : سبق أن قلنا إنه يشترط تعيين محل العقد عند التعاقد ، فلا يصح بيع المجهول جهالة تفضى إلى التنازع والشقاق لأن الشريعة تعمل على القضاء عليه ومنع أسبابه وهذا محل اتفاق بين الفقهاء ، وبينا أن التعيين يتم إما برؤية محل العقد وقت التعاقد أو قبله بوقت لايحتمل معه التغير أو برؤية شيء منه ، وكذا أجاز الأحناف بيع المتعين الغائب عن مجلس العقد لأن الضرورة قد تستلزم ذلك وقد يكون من مصلحة المتعاقدين تمام العقد فوراً ، ولما كان الأساس فى التعاقد هو تحقق الرضا بالعقد ، ولما كان فى عدم رؤية محل العقد عند التعاقد مايخل بهذا الرضاء وينقص منه ، وقد يتحقق معه شيء من الغبن ، أو تنتفى الرغبة فيه عند رؤيته أو يظهر منه أنه غير ما يرغب فيه ويقصده ، ولما كان هذا من المحتمل أن يسبب نزاعا بين الناس شرع خيار الرؤية . فما هو خيار الرؤية ، وما رأى الفقهاء فيه ، ولمن يثبت وما أثره فى العقد ؟ إلى غير ذلك .

تعريف خيار الرؤية

٤٧٢ — تعريفه : هو أن يكون لأحد العاقدين الحق فى فسخ العقد أو إجازته عند رؤية محله ، إذا لم تسبق رؤيته وقت إنشاء العقد أو قبله . وسواء أكان محل العقد قد تعين بالوصف أم لم يتعين جيداً به إذ الوصف مهما كان دقيقاً نافياً للجهالة فلا يصل إلى درجة الرؤية المحققة للمعرفة ولم يتم بها ويكمل معها الرضا وترتفع الجهالة المفضية إلى الضرر .

حكمة مشروعيته

٤٧٣ — الحكمة فى تشريعه : وفى إجازة خيار الرؤية تحقيق مصلحة المتعاقدين ، فإنه لو كان فى حاجة إلى التعاقد وكان محل العقد غائباً فلو أبطلنا العقد

---

(١) راجع فى هذا . البدائع جـ٥ من ٢٩٢/٢٩٩ وص٢٧٣ ، الزيلعى جـ٤ ص٢٠/٣٠ ، الفتح جـ ٥ ص ١٣٧ إلى ١٥١ ، رد المحتار على الدر المختار جـ ٤ ص ٦٩ .

واشترطنا رؤية المحل عند التعاقد ربما تفوت عليه المصلحة التى كان يبتغيها أو تضيع الفرصة فيعدل أحدهما أو يتصرف المشترى مثلا فى الثمن أو يساوم البائعَ شخص آخر فيعرض عليه ثمناً أكثر ويكون قد تحققت عنده الرؤية ، فكان فى شرع بيع المتعين إذا كان غائبا مصلحة ، ولابد مع هذا من احتياط فشرع خيار الرؤية كى لا يلحق الآخر ضرر ، ومنعا للغبن ، والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد (١) . والأسـ د

خلاف الفقهاء فى إجازته ومنشأ الخلاف

٤٧٤ — **أراء الفقهاء فى خيار الرؤية** : اختلف الفقهاء (٢) ، فى إجازة خيار الرؤية فأجازه الأحناف ، ومنعه غيرهم فى بعض الروايات عنهم (٣). وكان هذا الاختلاف تبعاً لرأيهم فى إجازة التعاقد على الأشياء المعينة بأوصافها التى يتعاقد من أجلها . فالأحناف يجيزون هذا النوع من التعاقد مادام قد تعين محل العقد بما يرفع الجهالة ، وأما جمهور الفقهاء فى بعض الروايات عنهم على منع ذلك والقول بعدم صحة العقد على الأشياء المعلومة الغائبة . لنهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان وفسروا هذا بأنه نهى عن بيع ما ليس بحاضر عند التعاقد مرئيا للمشترى ، وقالوا إن المعقود عليه يجب أن يكون معلوما بذاته وصفاته والأعيان لا تتم معرفتها إلا بالمشاهدة المانعة للجهالة وإلا لترتب على ذلك جهالة تفضى إلى المنازعة ، وفى هذا غرر نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم . وبناء على نظرتهم أصبح لا محل للقول بخيار الرؤية على هذه الرواية . يقول ابن قدامة « وفى بيع الغائب روايتان أظهرهما أن الغائب الذى لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه وبهذا قال الشعبى والنخعى والحسن والأوزاعى ومالك وإسحاق وهو أحد قولى الشافعى . . وهل يثبت للمشترى خيار الرؤية على روايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبى حنيفة . . ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر

أجازه الأحناف

منعه جمهور فقهاء تبعا لمنعهم بيع الغائب

(١) الفتح جـ ٥ ص ١٣٨

(٢) الزيلعى جـ ٤ ص ٢٤ و ٢٥ ، الفتح جـ ٥ ص ١٣٧ و ١٣٨ .

(٣) قد أشارت كتب الأحناف المذكورة إلى رأى الشافعى فى مذهبه الجديد . ومع ذلك كان مع الأحناف فى مذهبه القديم والمالكية والحنابلة لهم روايات أخرى فى هذا الموضوع .

ولأنه ابتاع مالم يره ولم يوصف له فلم يصح . وفى الرواية التى فيها الأخذ بخيار الرؤية فيكون للمشترى الخيار عند الرؤية على الفور وقيل فى مجلس الرؤية لأنه ثبت بمقتضى الشرع والعقد معه غير لازم فى حقه »(١) .

مناقشة رأى جمهور الفقهاء وتعليل الأحناف

ويمكن أن يقال ردا على غير الأحناف إن المقصود فى الحديث هو النهى عن بيع ما ليس فى مقدور الإنسان تسليمه ولو حكما عند التعاقد وإظهار الحكم فى محل معين بذاته تعيينا يرفع الجهالة المفضية إلى التنازع ، ويؤيد هذه الوجهة ما روى أن حكيما بن حزام قال يارسول الله : إن الرجل يطلب منى سلعة ليست عندى فأبيعها له ، ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه . فقال صلى الله عليه وسلم «لا تبع ما ليس عندك» فالنهى هنا أرى أنه ينصب على المعنى الذى سبق إذ فى عدم تحققه احتمال النزاع بين المتعاقدين ووجود الضرر وإن كانت كتب الأحناف تنص على أن النهى ينصب على بيع ماليس فى ملك الإنسان(٢) وعلى كل فلما أجاز الأحناف تمليك غير الحاضر المرئى وقت العقد على الوجه السابق قالوا بخيار الرؤية كى يكمل الرضا وترتفع الجهالة .

سبب خيار الرؤية

٤٧٥ — سبب خيار الرؤية وطريق ثبوته : سبب حق خيار الرؤية هو عدم توفر كمال الرضا بالعقد عند التعاقد لعدم تحقق المعرفة بمحل العقد بما يرفع الجهالة من إبصار أو لمس أو شم أو ذوق حسب طبيعة هذا المحل والقصد منه . وهو يثبت من الشارع من غير حاجة إلى اشتراط ذلك فى العقد بل ويثبت مع النص على نفيه ، فلا يمكن التنازل عنه لأنه شرط أوجبه الشرع

---

(١) المغنى ج ٣ ص ٥٨٠

(٢) وفى العناية والفتح جـ٥ ص ١٣٨ وسائر كتب الأحناف أن المراد بنهى الرسول عن بيع ما ليس عند الإنسان هو النهى عن بيع ما ليس فى ملكه واستدلوا بحادثة حكيم بن حزام لكن إذا لاحظنا أن كون العاقد مالكا لمحل العقد لا يرى الأحناف أنه شرط لصحة العقد وإنما هو شرط لنفاذه ولذا قالوا إن عقد الفضولى صحيح موقوف وإذا لاحظنا أن حكيما هذا لما باع أحدى الشاتين اللتين اشتراهما للرسول من غير أن يكون الرسول قد أذنه بهذا وأن الرسول أجاز تصرفه مع أنه فضولى فيه بل ودعى له بالبركة ولو كان بيع ماليس فى ملك الإنسان منهيا عنه لما أجازه الرسول بل ولما دعى له بالبركة. فإذا لاحظنا كل هذا أمكن أن نقول إن تأويل فقهاء الاحناف للحديث بالنهى عن بيع ماليس فى ملكه لا يستقيم فى ظاهره مع تجويزهم عقد الفضولى وتأويل غير الأحناف له بالنهى عن بيع غير الحاضر المرئى لا يستقيم أيضاً لتعارضه مع حديث خيار الرؤية . أما التعليل الذى سقناه فهو مستقيم .

وجعله من تمام العقد، وفى اشتراط نفيه مخالفة لما جاء به الشرع ، وعلى هذا لو اشترط عليه فى العقد أن لا يكون له حق خيار الرؤية أو نص هو بأنه قد تنازل عن هذا الحق ، أو قال إنى ارتضيت بالعقد وأجزته وقبلت أن يكون ملزماً لى من غير رؤية محله . فلا اعتبار لهذا كله وحقه فى خيار الرؤية ثابت والعقد رغم كل هذا غير ملزم له حتى تتم الرؤية .

من يثبت له خيار الرؤية

٤٧٦ — لمن يثبت خيار الرؤية : يثبت هذا الحق للمتملك (المشترى والمستأجر ومن فى حكمهما) باتفاق من أجازوا خيار الرؤية ، ولا يثبت للمملك « البائع والمؤجر ومن فى حكمهما(١) » . لما روى أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله ، فقيل لطلحة إنك قد غبنت فقال لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره وقيل لعثمان إنك غبنت فقال لى الخيار لأنى بعت مالم أره . فحكما بينهما جبيراً بن مطعم . فقضى بأن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان . وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم . فوق أن مثل هذا النزاع الذى يقوم بين رأسين كبيرين من الصحابة لابد من أن يذاع أمره وتعرف الناس الحكم فيه ، ومع هذا فلم يرو عن أحد معارضته للرأى فكان ذلك إجماعا من الصحابة سكوتيا . . وغير ذلك فإن البائع يكون محل العقد فى حوزته ويكون قد عرفه وتثبت منه ، وينبغى عليه أن يتأكد من ذلك(٢) .

يثبت لطرفى العقد إذا كان البدلان سلعا متعينة

ومع هذا فإذا كان الثمن سلعة تتعين بالتعيين كأن تبيع أرضا زراعية بأرض بناء وما عليها من دور أو تبيع سيارة بفرس أو قطناً بقمح ، أو بصلا ببترول إلى غير ذلك من تبادل السلع الذى أطلق الفقهاء عليه عقد مقايضة ، فإن خيار الرؤية يثبت للمتعاقدين معاً إذ كل منهما يعتبر بائعاً ومشترياً .

دليل خيار الرؤية

٤٧٧ — دليل خيار الرؤية : نستطيع أن نأخذ من الإجماع الذى تم فى منازعة عثمان وطلحة دليلا على جواز التعاقد على الشىء قبل رؤيته ، ولو كان

(١) وقد كان الإمام أبو حنيفة يثبته للبائع أيضا ثم عدل عنه راجع ذلك . وأدلة الرأى المعدول عنه فى الهداية ج٣ ص ٣٦ ، الفتح والعناية عليه ج ٥ ص ١٤٠ ، الزيلعى ج ٤ ص ٢٥

(٢) راجع المصادر السابقة فى مناقشة الأدلة .

هذا التعاقد باطلا لما فعله هذان الصحابيان ، ولما سكت الصحابة على الحكم الذى صدر بينهما ، ومع هذا فهناك حديث روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم صحت روايته عند الأحناف وأخذوا به . وهو « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه» فهو صريح فى جواز الشراء من غير رؤية المحل ، وصريح فى أن العقد بالنسبة له يكون غير لازم ، وأن من حقه فسخه مع أن طبيعة العقد اللزوم لو لم يكن هذا(١) .

العقود التى يثبت فيها خيار الرؤية

٤٧٨ — *ما يثبت فيه خيار الرؤية من العقود* : بالاستقراء وجد أنها أربعة عقود عقد الشراء ما دام محل العقد مما يتعين بالتعيين كالأعيان التى تباع عقاراً كانت أو منقولا . وكذا فى عقود الإجارة وعقود قسمة القيميات والصلح عن دعوى المال بشىء يتعين بالتعيين . فمن اشترى شيئاً من الأعيان المالية كدار أو فرس أو سيارة أو أقمشة أو أى سلعة من عروض التجارة ومن استأجر شيئاً كأرض للزراعة أو دار للسكنى أو دابة للركوب إلى غير ذلك ، ومن اقتسم مع شريكه العقار أو عروض التجارة ، ومن ادعى عليه غيره مبلغاً من المال ، فصالحه المدعى عليه وأعطاه نظير دعواه دارا أو أرضا أو سيارة أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وكان المشترى والمستأجر والشريك المقاسم والمدعى المصالح لم يروا محل العقد فإن من حق كل منهم أن يفسخ العقد عند رؤيته المعقود عليه . وإذا كان الثمن أو الأجرة عيناً تتعين بالتعيين فإن خيار الرؤية يثبت للطرف الآخر أيضا إن كان لم يره كما قلنا يقول صاحب البدائع فى هذا « لو تبايعا عيناً بعين يثبت لكل واحد منهما الخيار ، ولو تبايعا ديناً بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما ، ولو اشترى عيناً بدين فللمشترى الخيار ولا خيار للبائع . والأصل أن كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه

---

(١) وفى هذا دليل أيضا على صحة ما سقناه فى معارضتنا لما قاله الشافعية فى أن المقصود النهى عن بيع مالم يكن حاضراً مرئيا وإلا لما باع عثمان بن عفان — أحد الخلفاء الراشدين — مالم يره ولما اشترى طلحة ما لم يره .

خيار الرؤية ومالا . فلا . . وعلى هذا فلا يثبت خيار الرؤية فى المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تحتمل الفسخ.

شروط ثبوته فى العقود التى تتعين

٤٧٩ — شروط ثبوت حق خيار الرؤية : ويشترط لثبوت الخيار فى هذه العقود من فوق كونها لابد أن يكون محل العقد فيها مما تتعين أن تتحقق عدم رؤية محل العقد وقت العقد أو قبله . فإذا كان محل العقد مرئيا له حاضرا وقت العقد وتحققت المعرفة ، أو كان قد رأى محل العقد قبل التعاقد ومازال باقيا على حاله لم يتغير عن وقت رؤيته فلا خيار له . أما إذا كان قد تغير عن وقت رؤيته التى حدثت قبل التعاقد فإن حق الخيار قائم .

ما تتحقق به الرؤية

٤٨٠ — ما تتحقق به الرؤية : وتتحقق الرؤية بمجرد الإبصار فيما تتحقق معرفته التامة بالإبصار إذا كان مبصرا ، وبالوصف الدقيق إذا كان غير مبصر . أما مالا تتحقق معرفته بمجرد الإبصار ولابد لكمال معرفته من لمسه أو شمه أو ذوقه فإن رؤيته لا تتحقق إلا بذلك ولاعبرة بمجرد الإبصار هنا والمبصر والكفيف فى هذا سواء. فإذا كان رؤية البعض فيه تغنى عن الكل تحققت الرؤية بذلك كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب على الرأى الراجح فالحبوب والزيوت وما شابه ذلك والليمون والبيض وأمثالها تغنى رؤية البعض فيها عن رؤية الجميع وإلا فإذا كانت رؤية البعض لا تغنى عن رؤية الكل كرؤية بعض الدار ، أو رؤية قطعة من أثاثات حجرة دون رؤية باقى القطع أو ما شابه ذلك فإن خيار الرؤية قائم وثابت فلا يسقط برؤية هذا الجزء وقد تكلم الفقهاء كثيرا فى هذا وبينوا أن المعتبر فى رؤية كل شىء يختلف عن غيره حسب الحاجة إليه واستعماله (١) .

المبصر والكفيف

رؤية الوكيل وأثرها فى خيار الرؤية

٤٨١ — رؤية الوكيل وأثرها فى خيار الرؤية : إن كان وكيلا بالشراء فرؤيته تكفى وتغنى عن رؤية موكله ، ويسقط معها خيار الرؤية ، ويصير العقد

---

(١) الفتح جـ ٥ ص ١٤٢ ؛ البدائع جـ ٥ ص ٩٣ و ٩٤ ، الزيلعى جـ ٤ ص

لازما بالنسبة للموكل ، أما إذا كان وكيلا بالقبض فقط . فالصاحبان يريان أن حق الأصيل فى خيار الرؤية ثابت لا يسقط برؤية الوكيل فى القبض . لأنه وكيل فى القبض فقط . ولم يكن وكيلا فى إسقاط الخيار . والإمام أبو حنيفة يرى أن الوكيل بالقبض رؤيته كرؤية الموكل تماما فيسقط خيار الرؤية لأنه وكيل بقبض تام ، والوكيل بالشىء وكيل بإتمامه . ولذا كان الوكيل بالخصومة وكيلا بالقبض كما سبق ، وتمام القبض يكون بإسقاط الخيار لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض (١) .

وقت ثبوت خيار الرؤية

٤٨٢ — **وقت ثبوت خيار الرؤية** : هو وقت الرؤية لا قبلها فإذا أجاز العقد من غير أن يرى محله ورضى به صراحة بأن قال أجزت العقد أو ارتضيت به أو تنازلت عن خيار الرؤية ، أو أسقطت حقى فى خيار الرؤية فإنه عند رؤية محل العقد يثبت له حق الخيار رغم الرضا السابق بل ورغم إسقاطه للحق صراحة . لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أثبت الخيار للمشترى بعد الرؤية ، فلو ثبت له حق إمضاء العقد وإسقاط الخيار قبل الرؤية لما ثبت له الخيار بعدها وهذا خلاف النص ، بل فيه هدم له .

متى ينتهى وقت خيار الرؤية

٤٨٣ — **متى ينتهى وقت خيار الرؤية** : لكن هل بمجرد الرؤية يسقط حقه فى الخيار إذا لم يظهر منه ما يدل على الرضاء به أو الفسخ ؟ لعل فقهاء الأحناف يتجهون فى هذا وجهتين . فمنهم من يرى أن هذا الحق لا يسقط مالم يوجد مايدل على بطلانه ، ومنهم من يرى أنه يبقى بعد الرؤية مؤقتا حتى يتمكن صاحب الحق من الفسخ فإذا تمكن من ذلك بعد الرؤية ولم يفسخ سقط حقه فى الخيار وأصبح العقد لازما ، ويقول صاحب البدائع فى هذا «قيل إن هذا الحق يبقى ثابتاً حتى بعد الرؤية إلى أن يوجد مايبطله من إجازة أو فسخ فيبطل أما إذا لم يوجد شىء من ذلك فيبقى هذا الحق قائماً وهو

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٩٥ و ٢٩٦

اختيار الكرخى (١) لأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضاء والحكم يبقى ما بقى سببه ، وقال بعضهم إنه يثبت مؤقتا إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره . إذ الإجازة والرضا بعد الرؤية مسقط للخيار والامتناع عن الفسخ بعد الإمكان دليل الإجازة والرضاء ، وهذا الرأى يحقق مصلحة الطرف الآخر فيستطيع أن يتبين موقفه من العقد الذى قد التزم هو به ، وإن كان فى مسقطات الخيار دلالة ما يجعل وقت الخيار محدودا حتى على الرأى الأول .

أثر خيار الرؤية

٤٨٤ — **أثر خيار الرؤية** : من له خيار الرؤية يملك بنص الحديث أن يجيز العقد ويتملك محله ويلتزم بإخراج العوض من ملكه . كما له أن يتركه ويفسخ العقد ، ولا يتوقف ذلك على موافقة الآخر أو على حكم القضاء . رغم أنه من العقود اللازمة التى لا تفسخ بطبيعتها إلا برضاء طرفى العقد ، وما دام من حقه أن يستبد بالفسخ منفرداً هكذا . فإن العقد يكون بالنسبة له غير لازم .

حق الفسخ قبل الرؤية

٤٨٥ — **هل له حق الفسخ قبل الرؤية** : وما دام العقد أصبح بالنسبة لمن له حق خيار الرؤية غير لازم لعدم رؤية محل العقد ، وأن من حقه أن يفسخه فى أى لحظة يرى المحل فيها . فهل له أن يفسخ العقد أيضا قبل رؤية المحل؟ نظرة الفقهاء فى هذا بين مانع لأن حقه فى الخيار لا يثبت إلا من وقت الرؤية ، إذ هى السبب فى الخيار ، فكيف يوجد المسبب قبل أن يوجد سببه ، وفوق ذلك فإن إمضاء العقد قبل رؤيته لا اعتبار لها اتفاقا فقاسوا عليها حق الفسخ . وبين مجيز لأن العقد قبل الرؤية غير لازم بالنسبة له بحكم الشرع الذى أوجب فيه خيار الرؤية . والعقد إذا كان غير لازم بالنسبة لأحد طرفيه كان له حق فسخه ، ولأن سبب خيار الرؤية الموجب لعدم لزوم العقد هو عدم الرؤية لا نفس الرؤية وهذا متحقق قبلها . ورجح هذا الرأى صاحب البدائع

---

(١) فقيه حنفى

«أما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لايجوز لأنه لاخيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الإجازة فلا يجوز الفسخ ، وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لأن هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ . . وملك الفسخ لم يثبت حكما للخيار وإنما يثبت حكما لعدم لزوم العقد » .

عدم تجزئة الصفقة

٤٨٦ — **عدم تجزئة الصفقة** : وعلى كل فإذا أراد أن يفسخ العقد . فلابد من أن يفسخه جميعه فلايجوز أن يفسخ العقد فى جزء دون جزء فإذا تحققت عنده الرؤية فى بعض محال العقد أو فى بعض أجزائه فليس من حقه أن يجيز فيها العقد دون غيرها إلا برضاء الآخر لأن فى هذا تجزئة للصفقة عليه .

هل لابد من علم الآخر بالفسخ والالتزام

٤٨٧ — **هل لابد من علم الآخر بالإمضاء أو الفسخ** : أما إمضاء العقد والرضاء به فإنه لايتوقف على علم الطرف الآخر اتفاقا لأنه حينما يتصرف إنما يتصرف فى ملكه الثابت له بحكم الشرع ، وأما الفسخ فالإمام ومحمد يشترطان علمه ليكون على بينة من موقفه فى العقد الذى هو ملتزم به كما قلنا ويرى أبو يوسف أنه لاضرورة لذلك ، وعلى هذا لو فسخ العقد ثم أجازه قبل علم الطرف الآخر بالفسخ كان العقد منعقدا وملزما لهما ولا اعتبار بالفسخ عند الإمام ومحمد ، وكان العقد منفسخا بمجرد فسخه عند أبي يوسف إذ بمجرد صدور الفسخ منه زال العقد وانفسخ من غير حاجة إلى علم الآخر فالإجازة التى صدرت بعد ذلك لم تصادف عقدا .

خيار الرؤية لا يورث

٤٨٨ — **هل يورث خيار الرؤية** : لا يورث خيار الرؤية لأن الخيار ثبت بنص الحديث للعاقد نفسه . والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ، ولأن الخيار وصف له فلا يجرى فيه الإرث إلى غير ذلك مما سبق ذكره فى خيار الشرط من أنه مجرد رغبة ومشيئة وهو عرض والعرض لاينتقل فلا يكون محلا للتوريث إذ الإرث يكون فيما ينتقل (١) .

---

(١) الزيلعي ج ٣ ص ٣٠ ، الفتح والعناية عليه ج ٥ ص ١٤٩ .

مسقطات خيار الرؤية

٤٨٩ — مسقطات خيار الرؤية[١] : ما يسقط حق خيار الرؤية جعله الفقهاء قسمان قسم لا أثر له إذا كان قبل الرؤية وهو :

١ — يسقط الخيار بالإجازة الصريحة كأن يقول بعد الرؤية أجزت العقد أو ارتضيته ، أو لا اعتراض لى عليه .

٢ — وبما يدل على الرضا دلالة من غير أن يتصرف فى محل العقد تصرفا يجعل عليه حقا للغير كأن يقبض العين ويراها من غير أن يفسخ ، فإن القبض يشبه العقد فالقبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية وكذلك إذا تصرف فيه تصرف الملاك .

٣ — إذا كان المبيع عقارا أو مافى حكم العقار ومما تثبت به الشفعة ، وبيع عقار بجواره ، وطالب بالشفعة بسببه فإن كان ذلك بعد رؤيته فإنه يدل على الإجازة دلالة ويسقط به خيار الرؤية أما إذا كان قبل الرؤية فهو لايسقط حق الخيار لأنه ليس بأعظم شأنا من الإسقاط الصريح .

(ب) وقسم يسقط حق الخيار به سواء أكان قبل الرؤية أم بعدها .

١ — أن يتصرف فى محل العقد تصرفا يتعلق به حق الغير كرهنه وهبته مع التسليم أو بيعه بيعاً باتاً وإجارته ووقفه وغير ذلك .

٢ — هلاك المحل أو تعيبه جميعه أو بعضه وهو فى يد المتملك وكذلك زيادته فى يده .

٣ — وأخيراً موت من له الخيار سواء أكان قبل الرؤية أم بعدها .



---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٩٥ — ٢٩٧ ، الزيلعي جـ ٤ ص ٢٥و٢٦ ، الفتح جـ٥ ص

الفصل الرابع

خيار العيب (١)

خيار العيب

٤٩٠ — *صورته وسببه* : قد يحدث أن يتعاقد الشخص على شيء من غير أن يتبين مافيه من عيب يخل به أو ينقص من قيمته ، أو يفوت عليه غرضا قصده فيها مما يجعل رضاءه به غير موفور ، ولو كان علم به وقت التعاقد لما أقدم عليه أصلا ، أو لما ارتضاه بما ارتضاه به . فاعتبر الشارع مثل هذا خللا فى العقد يرتفع معه الرضا الذى هو أساس التعاقد . إذ الرضا به إنما يكون على أساس سلامته مما اكتشفه من عيب ، ولذا بسط الشارع حمايته على هذا العاقد وشرع له خيار العيب ليتمكن من فسخ العقد ويسترد عوضه مستبدا بهذا الفسخ عند ظهور ما كان فيه من عيب لا يعلمه ولا يرتضيه . فسبب مشروعية هذا الخيار هو وجود العيب وعدم الرضاء به .

تعريفه

٤٩١ — *تعريفه* : العيب فى اللغة ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة يقال عاب المتاع أى صار ذا عيب ، ويراد به فى الاصطلاح الفقهى ما ينقص القيمة عند التجار ويمكن القول . بأن خيار العيب هو أن يكون لمن يتملك شيئا مما يتعين بالتعيين ويجده معيبا بعيب خفى عليه وقت التعاقد حق فسخ العقد وعدم الالتزام به .

العيوب الموجبة للخيار

٤٩٢ — *ما يعتبر عيبا* : وليست العيوب كلها سواء فى إعطاء حق الخيار فى فسخ العقد للمتملك وجعل العقد معها غير لازم بالنسبة له . بل منها ما يغتفر ، ولا يكون ذا أثر فى لزوم العقد ، ولا يتزعزع معه الرضا ، ومن العيوب ما لا يغتفر ويتعيب محل العقد به كشرود فى البعير ، أو تفوت مع وجوده رغبة للعاقد فيه كأن تشترى حذاء فتجده ضيقا ، أو تشترى شاة للأضحية(١)

(١) الأضحية : اسم لما يذبح أو ينحر من النعم تقربا إلى الله أيام النحر . يقول صاحب الهداية ج ٤ ص ٥٨ « لا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التى لا تمشى إلى المنسك ؛ ولا العجفاء ؛ ولا تجزء مقطوعة الأذن والذنب » .

فتجدها مقطوعة الأذن مثلا ، أو تنقص قيمة السلعة مع وجود العيب كعرج في الدابة أو عور ، إلى غير ذلك مما لا يتحقق معه الرضا . وفى هذا يقول صاحب الهداية « كل ما أوجب نقصا من الثمن في عادة التجار فهو عيب ، لأن التضرر بنقصان المالية ، وذلك بنقصان القيمة ، والمرجع في معرفته عرف أهل الخبرة » ويقول صاحب البدائع « فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار ، ومالا . فلا » .

دليله

٤٩٣ — **دليله** : ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له » وما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد مر برجل يبيع طعاما فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول فقال « من غشنا فليس منا » ، وما روى أن رجلا ابتاع غلاما فأقام عنده مدة ثم وجد به عيبا فخاصم البائع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يارسول الله لقد استغل غلامي فقال صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » ، ومع هذا فالتعاقد على شيء معيب مع إخفاء ما فيه من عيب يعتبر غشا وتدليسا لا يقره الشرع فكان تشريع خيار العيب لدفع مثل هذا .

طريق إشتراطه ومن يشترط له

٤٩٤ — **من يثبت له وطريقه** : والذى يثبت له خيار العيب هو المتملك الذى ستنتقل إليه ملكية محل العقد إذ هو الذى سيقع عليه الضرر . بشرط أن يكون قد خفى عليه العيب وقت التعاقد أو القبض ولم يصدر منه ما يدل على رضائه به ، وهذا الخيار يثبت من غير اشتراطه في العقد صراحة . لأن الأصل فى التعاقد أن يكون محل العقد سليما من أى عيب خفى على المتعاقد . فاذا وجد به عيب يفوت على العاقد غرضه أو ينقص من قيمة محل العقد أصبح الرضاء به غير محقق فاعتبر هذا في العقد من غير اشتراطه ما دام لم يحدث الرضاء به أو إبراء الآخر نفسه منه .

العقود التى يثبت فيها خيار العيب

٤٩٥ — **ما يثبت فيه خيار العيب من العقود** : وخيار العيب إنما يعتبر من الشارع فى عقود المعاوضات التى يتعين فيها محل العقد بالتعيين ، وهى كما قلنا فى خيار الرؤية . فى عقود الشراء والإجارة ، وقسمة القيميات ، والصلح

عن دعوى مال (١) ، وأيضا فإذا كان العوض سلعة . فإن خيار العيب يثبت فيه لمن سيتملكه إذا كان بالعوض عيب فإذا باع شخص فرسا لآخر وأخذ نظيره سيارة ثم ظهر فى الفرس عيب خفى على المتعاقد ، كما ظهر فى السيارة عيب خفى على الآخر فإن خيار العيب يثبت لكل منهما لأن كلاهما متملك كما يثبت أيضا خيار العيب للمملك إذا كان محل العقد قد امتنع رده لنقصانه مثلا أو تعيبه فى يد الآخر فإنه مخير بين أن يسترده بحالته ويرد جميع الثمن ، أو يمسكه الآخر بعيبه ويرجع بقيمة النقصان الذى كان فيه عند التعاقد . قد يكون الخيار للملك

٤٩٦ — **ما يشترط لثبوت خيار العيب** : (٢) اشترط الفقهاء أمورا إذا توافرت فى عقد ثبت فيها خيار العيب . لأنها تكون الدليل القاطع على أن العقد قد تم على أساس السلامة . هذه الشروط هى : — شروط ثبوت خيار العيب

١ — ثبوت العيب عند التعاقد أو بعده قبل تسليم محل العقد . فلو حدث بعد استلام محل العقد عيب لم يكن موجودا من قبل لا يثبت الخيار لأن خيار العيب يثبت بسبب وجود العيب قبل الاستلام الذى تصبح معه السلامة ١ — وجود العيب من قبل الاستلام

---

(١) وجاء فى حاشية ابن عابدين « أنه يثبت فى الشراء ، والمهر ، وبدل الخلع ، وبدل الصلح عن دم العمد ، وفى الإجارة ، ولو حدث بعد العقد والقبض بخلاف البيع ، وفى القسمة ، والصلح عن مال . » ج ٤ ص ٧٨ .

هذا وللزوجة حق طلب فسخ عقد الزواج بسبب العيب إذا وجدت المرأة زوجها عنينا أو مجبوبا أو خصيا وزاد محمد ابن الحسن إذا كان مجنونا أو مجذوما أو أبرص وهذا ما يسميه الفقهاء التفريق بسبب العيب . ويقول ابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين « كل عيب يكون بأحد الزوجين ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح يوجب الخيار وموضعه فى دراسة العام القادم . والمحاكم الشرعية الآن بمقتضى المادة رقم ٩ من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠ جعلت للزوجة فقط حق طلب التفريق للعيب وحددت العيوب

راجع كتاب الأحوال الشخصية قسم الزواج ص ٥٦ لفضيلة الأستاذ الشيخ أبو زهرة

(٢) البدائع ج ٥ ص ٢٧٥ و ٢٧٦ . ثم تجد له كلاما بديعا فى اشتراط بقاء العيب وثبوته عند التملك حتى وقت طلب الفسخ ، وقد فرع كثيراً على اشتراط المملك البراءة من كل عيب ، وأتبع ذلك بالكلام عن اختلاف المتعاقدين فى وقت ظهور العيب ، وطريق إثباته إن كان العيب خفياً أو كان ظاهرا .

مشروطة فى العقد دلالة من غير نص ، ومادام التعاقد تم وليس بمحل العقد عيب فلا معنى لثبوت الخيار .

٢ — بقاء العيب عند طلب الفسخ

٢ — بقاء هذا العيب وثبوته بعد قبض محل العقد وعند طلب الفسخ ولا يكتفى بالثبوت عند المملك لثبوت خيار المتملك بل يجب أن يكون العيب باقيا فى محل العقد عند طلب الفسخ بسببه فلو كان العيب موجوداً خافيا على المشترى مثلا ثم زال ولم يترك أثرا قبل قبضه فلا يثبت بسببه خيار العيب ولا يملك فسخ العقد لسبب ذلك فإذا كان المبيع فرسا وكان به عرج لم يكتشفه المشترى وتم العقد لكنه لم يتسلمه بعد . أو جدّ به العرج بعد الشراء وقبل استلام المشترى له ثم عند استلامه زال عنه العرج فإنه لا يعتبر هذا عيبا موجبا للفسخ أما إذا استمر معيبا حق له الفسخ لسببه .

٣ — جهل المتملك بالعيب

٣ — جهل المتملك بوجود العيب عند العقد ، وعند القبض فإن علم به عند أحدهما فلا خيار له لأن الإقدام على التعاقد مع العلم بالعيب رضاء به دلالة وكذا إذا علم بالعيب بعد العقد وقبل القبض لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض . فتحقق العلم عند القبض كتحققه عند العقد .

٤ — عدم إبراء المملك من أى عيب

٤ — أن لا يشترط المملك عند التعاقد براءته من أى عيب يوجد فى محل العقد فإن اشترط ذلك وقبل الآخر فلا يثبت له خيار العيب عند اكتشافه لأى عيب فيه . لأن الإبراء من أى عيب يجيزه الأحناف ، ولا يرون فيه جهالة مفضية إلى نزاع (١) .

٥ — أن يكون العيب مما ينقص قيمة المتعاقد عليه أو يفوّت وجوده مصلحة على العاقد يقصدها من العقد .

حكم العقد مع خيار العيب

٤٩٧ — حكم العقد مع خيار العيب : عرفت أن العقود التى يدخلها خيار العيب هى من العقود اللازمة التى لا تقبل الفسخ إلا برضاء طرفى العقد ، ومن

---

(١) الشافعى لا يجيز الإبراء من أى عيب إلا إذا عدد العيوب التى يرغب الإبراء منها . لأن فى هذا الإطلاق جهالة قد تفضى إلى المنازعة .

المعلوم أن العقد قبل ظهور العيب نافذ فيترتب عليه أثره من نقل الملكية غير أنه بظهور العيب تبين أن الرضا الذى تم على أساسه العقد لم يكن على اعتبار وجود العيب، وبوجوده يختل الرضا. لأن سلامة محل العقد هى دليل الرضاء وأساسه فإذا انتفت سلامة المحل انتفى الرضاء تبعا. ويدلل على ذلك صاحب البدائع بالآتى: لأن غرض العاقد الانتفاع بمحل العقد على وجه يحقق رغباته ولا يتكامل هذا الانتفاع إلا إذا تأكدت سلامة محل العقد، ولذا كان ذلك مقصودا فى التعاقد من غير أن ينص عليه صراحة، ولأن العاقد لم يخرج من ملكيته جميع ما اتفقا عليه من عوض إلا ليسلم له محل العقد كاملا فالسلامة فيه وإن لم تشترط فى العقد صراحة فهى مشروطة فيـــه دلالة. فكانت كالمشروطة نصا، وفوق ذلك فإن العقود التى يثبت فيها خيار العيب هى من عقود المعاوضات وهى تقتضى المساواة، وتحقيق المساواة فى مقابلة سلامة أحد العوضين بسلامة الآخر. فكان إطلاق العقد مقتضيا السلامة، وعدم توفر السلامة يتبعه عدم توفر الرضا لأنها أساس فيه كما قلنا وهذا يوجب الخيار لأن الرضا شرط صحة البيع قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . . » فانعدام الرضا يمنع صحة العقد وإختلاله يوجب الخيار فيصير العقد بذلك غير لازم بالنسبة للمتملك ومن حقه أن يقبل العيب، ومن حقه فسخ العقد.

٤٩٨ — **قبول العيب والالتزام بالعقد** : إذا رضى المتملك بالعيب والتزم العقد فليس من حقه أن يرجع بشيء على المملك نظير النقصان لأنه ماقبل أن يخرج محل العقد من ملكه إلا ليتملك هـــذا العوض كاملا وانقاصه عليه إضرار به لم يقبله وقت التعاقد، ولا ينبغى أن نرفع ضرراً عن أحد العاقدين لنوقع الضرر بالآخر. أما إذا حط مثلا البائع شيئا من الثمن من تلقاء نفسه عن المشترى نظير ما ظهر فى المبيع من عيب فإن هذا يكون بمحض اختياره ورغبته، ولذا تجد الأحناف يخيرون المشترى هنا بين قبول العيب من غير

من له الخيار إما أن يفسخ العقد جميعه أو يقبله جميعه

إنقاص شيء من الثمن ، وبين رد المبيع لصاحبه واسترداد الثمن ، وعلى هذا المالكية والشافعية لكن ابن حنبل ذهب إلى إجازة الاحتفاظ بمحل العقد والرجوع على الآخر بما يقابل النقصان .

إذا رغب فى الفسخ استبد به قبل القبض مع إخبار الآخر

٤٩٩ — إذا ثبت العيب ورغب فى الفسخ : أما إذا رغب من يثبت له الخيار فى الفسخ فقد يكون طلب الفسخ اختياريا كقوله فسخته أو نقضته ، ويكون اضطراريا كهلاك المعقود عليه قبل تسلمه وعلى كل فإن كان محل العقد فى يد المملك ولم يتسلمه المتملك بعد فإنه يستبد بفسخه منفردا بمجرد التلفظ بما يدل على رغبته فى الفسخ وعدم رضائه بالعيب من غير حاجة إلى رضاء الآخر أو إلى حكم القضاء ، وكل مايشترطه الأحناف هو مجرد إخبار الآخر بالفسخ وعدم تجزئة الصفقة عليه (١) . أما إذا كان المتملك قد تسلم محل العقد فعلا ورغب فى الفسخ فلا بد أولا أن يكون محل العقد لم يحدث به ما يمتنع معه الرد ، وأن يكون الفسخ فى هذه الحالة إما بالاتفاق مع الطرف الآخر فى العقد وإما بواسطة القضاء . لأنه قد يكون هذا محل جدل ونزاع بينهما فقد ينكر عليه أن العيب كان فى محل العقد قبل تسليمه له ويعلل لذلك صاحب البدائع بقوله « إن الصفقة تمت بالقبض ، وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها لأنه يرفع العقد ، والعقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا يفسخ بأحدهما من غير رضاء الآخر أو قضاء القاضى . بخلاف ماقبل القبض لأن الصفقه قبله ليست بتامة بل تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول» وخالف الشافعى فى ذلك ولم يفرق بين الحالين ، وجعل حق الفسخ للمتملك يستبد به منفردا من غير حاجة إلى قضاء أو رضاء سواء أكان محل العقد فى يده أم كان فى يد الآخر ، وقاس ذلك على خيارى الشرط والرؤية ، وإلى هذا الرأى ذهب ابن حنبل .

إذا كان بعد القبض

الأحناف

الفسخ بعد القبض بالقضاء أو الرضاء عند الأحناف

الشافعى وابن حنبل كالفسخ قبل القبض

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٨٧ و ٢٨٨ .

لو رده بالعيب بالرضاء بعد القبض اعتبر بيعا فى حق الغير

٥٠٠ — **التراضى على رد المبيع بعد قبضه لعيب يعتبر بيعا بالنسبة للغير :**

، إنه إذا رد محل العقد بعد القبض لظهور عيب فيه وكان الرد برضاء الآخر وقبوله اعتبر ذلك بيعا فى حق الغير وفسخا فى حقهما فإذا كان المبيع الذى ظهر فيه العيب بعد القبض ورد إلى البائع بالرضاء عقارا وله شريك أو جار حق له أن يطلب بالشفعة فيه بخلاف ما إذا كان قبل القبض أو بعده لكن من غير رضاء وإنما بحكم القضاء .

ظهور العيب بعد أن يبيعها المشترى

٥٠١ — **لو باع المشترى العين لآخر فردها عليه بعيب فيها من الأصل :**

لو اشترى شخص سلعة بها عيب خفى عليه ثم باعها قبل القبض لآخر فاكتشف ما فيها من عيب فردها إليه كان من حقه أن يردها هو بالتالى على البائع الأصلى . أما إذا كان ذلك بعد القبض فعند الشافعى له الرد أيضا ، وعند الأحناف له ذلك إذا كان الرد بقضاء القاضى أما إذا كان بالتراضى فليس له أن يردها عليه منعاً لاحتمال إيقاع الإضرار به .

من الذى يخاصم بالعيب

٥٠٢ — **الخصم عند التنازع فى العيب :** إذا كان عقد بيع وفى المبيع عيب ظهر بعد القبض وعارض البائع فى رده واحتاج الآخر إلى المخاصمة أمام القضاء فإن الدعوى ترفع على البائع سواء أكان حكم العقد يرجع إليه أم إلى غيره فإن كان البائع وكيلا وأضاف العقد إلى نفسه ، وكان من أهل العهدة والالتزام أو كان البائع أبا أو وصيا من قبله فإنه هو الذى يخاصم بخيار العيب لأن حقوق العقد كما قلنا ترجع إلى من باشر العقد فى هذه الحالة ، والخصومة فى العيب من حقوق العقد ، وعلى كل فإن الوكيل أو من فى حكمه إذا خوصم فى هذا ورد عليه البيع رده على موكله (١) .

---

(١) إن كان الحكم بنى على أساس بينة أو نكول لزم الموكل ، وإن كان بنى على إقرار ينظر إن كان العيب لا يحدث مثله يرد على الموكل وإن كان يحتمل أن يكون قد حدث عند المشترى فلا يلزم الموكل حتى يقيم البينة . البدائع ج ٥ ص ٢٨١ .

ما يمنع الرد ويسقط به الخيار

٥٠٣ — ما يمنع الرد ويسقط به الخيار : ١ — الرضاء بالعيب بعد العلم به صراحة كأن يقول المشترى رضيت بالعيب وما يشبه ذلك، أو دلالة كأن يتصرف فى المبيع بما يدل على الرضا بالعيب كما إذا كان ثوبا فصبغه أو قماشا فخاطه أو دقيقا فصنعه خبزا إلى غير ذلك أو أن يتصرف تصرفا يخرجه عن ملكه. كأن يبيعه أو يهبه مع التسليم. أى أن كل تصرف من المتملك فى المعقود عليه يدل على الرضا بالعيب مسقط للخيار ومن هذا أيضا إسقاط الخيار صريحا، أو مافى حكم الصريح كأن يقول أسقطت الخيار أو أبطلته أو التزمت العقد أو أوجبته، ومن هذا أيضا أن يبرىء المتملك المملك من العيب إذ الإبراء إسقاط وهو يملك الإسقاط لأن خيار العيب حقه والإنسان حر فى استيفاء حقه أو إسقاطه.

— ١ — الرضا بالعيب وإسقاط الخيار

— ٢ — نقصان المعقود عليه أو زيادته أو هلاكه

٢ — هلاك المعقود عليه فى يد من له خيار العيب إذ بعد هلاكه تعذر الرد وامتنع، وكذا إذا كان قد نقص أو تعيب فى يد المتملك لأنه بهذا يصير معيبا بعيب آخر من قبله وكذلك إذا كان المعقود عليه قد حدثت به زيادة لا يمكن معها الرد (١). فإذا أمتنع الرد للأسباب المتقدمة فإنه لا يمكن فسخ العقد. فهل يبقى المعقود عليه فى يد المتملك بما يقابله من عوض كاملا أو يكون له الحق فى أن يسترد من المملك مايقابل هذا النقصان؟ توجد حالتان.

إذا امتنع الرد

يلتزم بالمعقود عليه بكل العوض

٥٠٤ — قد يمتنع الرد ولا يسترد شيئا : إذا كان المانع من الرد جاء من جهة المتملك نفسه كأن يجيز العقد رغم العيب وعلمه به، أو يسقط الخيار أو يبرىء منه المتملك. أو يتصرف فيه تصرفا يخرجه عن ملكه، أو يغير فيه بالزيادة أو النقصان، وبالجملة أن يحدث منه مايدل على قبول المعقود عليه بما فيه من عيب صراحة أو دلالة. فإن العقد يلزمه ولا يملك هنا أن يرده

---

(١) إما أن تكون الزيادة قد حدثت قبل القبض أو بعده وهى إما متصلة متولدة كالسمن والكبر أوغير متولدة كالصباغة للثوب والبياض للدار. أو تكون منفصلة متولدة كولد الدابة وثمرة الشجرة. أوغير متولدة من الأصل كالغلة. راجع تفصيل ذلك فى البدائع ج ٥ ص ٢٨٣ إلى ٢٨٦

وليس من حقه أن يرجع عليه بفرق النقصان لأن امتناع الرد جاء منه مع علمه بالعيب. والمعقود عليه قد خرج من ملك صاحبه نظير كل العوض ، وقد كان من الجائز أن يسترده صاحبه ويرد جميع العوض لو لم يتصرف فيه .

يلتزم به ويرجع بالنقصان

٥٠٥ — قد يمتنع الرد ويرجع بمقابل النقصان: أما إذا كان المتملك لا يعلم بالعيب وتصرف فيه بما ينقصه أو حدث به عيب أو هلك أو تغير عنده بما يخرجه عن حالته . فإن الرد لا يمكن (١) إلا إذا كان فى حالة النقصان وتعيبه بعيب آخر يقبل المتملك استرداده ورد جميع العوض لأنه هو الذى يتضرر بالرد (٢) وكذا إذا كان محل العقد قد حدثت به زيادة فى يد المتملك من غير أن يكون عالما بما فيه من عيب . كأن يكون محل العقد ثوبا فيصبغه ، أو داراً فيطلى جدرانها أو دابة فتلد أو شجرة فتثمر إذ فى جواز الرد هنا شبهة الربا ولذا كان منع الرد هنا لحق الشارع فوق حق المتملك . فيمتنع الرد ويرجع عليه بالنقص فيقوّم المبيع وقت العقد سليما وكذا يقوم وقت العقد معيبا ثم يؤخذ الفرق بينهما وينسب لقيمته سليما وقت العقد ويضرب فى الثمن فينتج قيمة النقصان كما سبق بيانه فى الشفعة .

معرفة مقدار النقصان

هل يورث خيار العيب

٥٠٦ — موت من له خيار العيب : إذا مات من له خيار العيب قبل أن يعرف بالعيب أو يظهر رأيه . فإن حق الخيار هنا يثبت للورثة إبتداء كما قلنا فى خيار التعيين ، لأن مورثهم استحق المبيع سليما ، والوارث خليفة المورث ، ومن حقه أخذ المعقود عليه سليما ، وإلا فلا ، والمذاهب الأخرى وإن كانت أثبتت الخيار للورثة أيضا فإنه عندهم بالميراث عن مورثهم . وبذا تجد قاعدة الأحناف مضطردة فى أن الحقوق التى هى مجرد رغبات لا تورث .

---

(١) يقول صاحب البدائع جـ ٥ ص ٢٨٣ « وقال له أن يرده ويرد معه نقصان العيب الجديد لأن حق الرد بالعيب ثبت نظرا للمشترى . . . إلى آخره »

(٢) البدائع جـ ٥ ص ٢٨٩ وما بعدها .

الفصل الخامس

عيوب الإرادة وأثرها فى العقد

عيوب الإرادة وأثرها فى العقد

٥٠٧ — **عيوب الإرادة وحق الفسخ** : نختتم كلامنا عن العقد بصفة عامة بما يعيب إرادة العاقد ، ويؤثر على الرضاء بما هو خارج عن محل العقد ، وعن أهلية العاقد وولايته وهذه العيوب هى . الغلط ، والغبن والتغرير . والإكراه والإرادة مع هذه الأمور وإن كانت موجودة حقيقة وفعلا إلا أنها وجدت نتيجة إكراه وتهديد ممن يقدر على الإيذاء ويملكه ، أو وجدت نتيجة إغراء وخديعة ، ووصف محل العقد بما ليس فيه ، وإعطائه من الصفات والمحسنات ما يدفع المتعاقد إليه رغبة فيما وصف به مع أنه من غير هذه الأوصاف المكذوبة لا يساوى هذه القيمة ، أو وجدت الإرادة نتيجة تصور محل العقد وفهمه بغير حقيقته وهى باعتبار أثرها فى العقد تشبه الخيارات وسنبين هنا هذه الأمور بكل إيجاز .

الغلط فى محل العقد

١ ـ الغلط فى المعقود عليه

٥٠٨ — **تعريف الغلط** : يقال فى اللغة غلط فى منطقه غلطا أخطأ وجه الصواب . والذى نقصده هنا بالغلط أن يتصور العاقد محل العقد على هيئة أو وصف غير حقيقته التى هو بها وقد يكون فى جنس المعقود عليه أو فى وصفه . (١)

فى جنسه

٥٠٩ — **الغلط فى جنس المعقود عليه أو وصفه** : وهذا كمن يشترى خاتما معروضا أمامه يعتقد أنه من الذهب ثم يتبين أنه من النحاس ، أو يشترى حافظة على أنها من الجلد ثم يتبين أنها من الورق المقوى أو قماشا أو ثوبا على أنه من الحرير ثم يتبين أنه من القطن ، أو قرطا على أنه من الماس فإذا به من الزجاج إلى غير ذلك أو كأن يشترى لحما من القصاب على أنه من خروف

---

(١) ويعرف الدكتور السنهورى عندما تكلم عن المواد من ١٢٠ إلى ١٢٥ التى تتعلق بهذا الموضوع . فيقول فى الوسيط ص ٢٨٩ « هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع .

فإذا به من شاة ، أو يشترى بقرة من السوق أمامه على أنها حلوب فإذا بها خالية من اللبن . أو حذاءاً على أنه من جلد كذا فإذا به من جلد آخر ، مما يكون منشأ الغلط فيه تصور العاقد نفسه للشيء بغير حقيقة جنسه أو وصفه دون تغرير من الآخر .

الغلط فى وصفه

٥١٠ — **قد يكون هذا الغلط فى النفس وقد تظهره الصيغة** : قد يتصور العاقد هذا فى نفسه دون أن يظهر عقيدته كأن يذهب إلى تاجر الأقمشة فيرى قماشا معروضا ويعاينه ويشترى منه من غير أن يسأل عن صنفه أو يشترى من القصاب مقدارا من لحم معروض أمامه من غير أن يسأل عن نوعه أو يشترى حافظة شاهدها أمامه من غير أن يسأل عن خاماتها ، وهو يعتقد أن القماش من الحرير وأن اللحم من خروف وأن الحافظة من الجلد ثم يظهر له بعد ذلك أنها غير ما كان يعتقد . فالعقد صحيح ولا أثر مطلقا لما كان يعتقده فى نفسه ما دام لم يغرر به أحد أما إذا نص صراحة وأظهر ما يعتقده فأشار مثلا إلى خاتم معروض وقال اشتريت هذا الخاتم الذهب بمبلغ كذا وقال الآخر قبلت ، أو أشار للقصاب على ذبيحة معلقة وقال اشتريت هذا الخروف بكذا فقال الآخر قبلت ثم تبين أن الخاتم ليس من الذهب وإنما هو من النحاس وأن هذه الذبيحة التى أشار إليها كانت شاة لا خروفا إلى غير ذلك فإن العقد يتأثر بهذا . ويكون هذا الغلط عيبا معتبرا فى العقد غير أن الحكم يختلف بين ما إذا كان الغلط فى جنس المحل أو فى وصف من أوصافه .

لا يظهر ما يعتقد فى محل العقد

يظهر ما يعتقده فيه عند التعاقد

٥١١ — **حكم العقد مع الغلط فى جنس المحل** : إذا كان جنس المعقود عليه غير ما أراده العاقد بعبارته . فإن العقد يكون باطلا ، ولا يترتب عليه أثره الشرعى إذ أن العقد غير موجود باعتبار أنه سبب فى الحكم لأن محل العقد الذى ذكر فى الصيغة غير موجود أصلا وفوات الجنس يعتبر فواتا

حكم العقد مع الغلط فى جنس المعقود عليه

للمحل رأسا ولابد للعقد من وجود محل يتم عليه التعاقد ، والموجود غير جنس المطلوب .

حكم العقد مع الغلط فى أوصاف المعقود عليه

٥١٢ — حكم العقد مع الغلط فى وصف : أما إذا كان الغلط فى وصف اتصف به محل العقد . فإن العقد ينعقد صحيحا لأن محله موجود غاية الأمر أن يكون غير ملزم له لفوات الوصف الذى هو بمثابة شرط ، ومن حق من وقع الغلط فى جانبه أن يفسخ العقد . يقول صاحب الهداية (١) « إذا باع كبشا فإذا هو نعجة ينعقد البيع ويتخير . والقاعدة أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا فى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى لا بالمشار إليه ، ويبطل العقد لانعدام المحل المسمى ، وفى متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجود المحل ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب » والفسخ بسبب فوات الوصف لا يكون إلا فى العقود التى تقبل الفسخ بطبيعتها كالبيع والإجارة (٢)

الغبن والتغرير وأثرهما فى العقد

— ٢ —
الغبن والتغرير

٥١٣ — تعريف الغبن والتغرير : جاء فى المصباح « غبنه فى البيع والشراء غبناً مثل غلبه أى نقصه ، وغبن فهو مغبون أى منقوص فى الثمن أو غيره ، والغرر هو الخطر ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وغرته الدنيا غرورا خدعته بزينتها وغِرّ أى جاهل بالأمور غافل عنها . والمعنى الفقهى الذى نعنيه للغبن أن تكون الموازنة بين العوضين غير عادلة إذ أحد العوضين قوبل عند التعاقد بأقل من قيمته بين الناس كأن تشترى

---

(١) ج ٣ ص ٣٧ و٣٨ فى البيع الفاسد ، وكذا الزيلعى ج ٤ ص ٥٣ وغيرهما من كتب الفقه عند كلامهم عن البيع الفاسد ، مرآة الأصول ص ٣٥٨ ، التوضيح والتلويح ج٣ ص٢٢٤

(٢) أما العقود التى لا تقبل الفسخ بطبيعتها كالزواج فلا تتأثر بفوات الوصف جاء فى الجوهرة على القدورى ج ٢ ص ٧٩ « وإذا كان بالمرأة عيب فلا خيار لزوجها وعند الشافعى يثبت الخيار بالعيوب الخمسة الجنون والجزام والبرص والقرن . وإذا تزوج بها على أنها بكر شابة جميلة فوجدها غير ذلك فلا خيار له كذا فى المبسوط »

شيئاً قيمته مائة قرش بمبلغ ستين أو خمسة وتسعين أو مائة واثنين أو مائة وخمسين قرشاً مثلا فإذا كان الفرق يسيرا وهو ما يدخل فى تقويم المقومين وتقديرهم اعتبر غبناً يسيرا ، وإلا فإذا كان لم يدخل فى تقديرهم وتقويمهم فهو غبن فاحش(١) وعلى هذا فإذا اشتريت ما قيمته مائة بمائة واثنين مثلا ، فيكون غبنك يسيرا وإن اشتريته بثمانية وتسعين فغبن البائع يسير .

التغرير

٥١٤ — **وأما التغرير**: فنقصد به إغراء العاقد وخديعته ليأخذ المعقود عليه وهو يعتقد أنه قد أخذه بأقل من قيمته بينما الواقع غير ذلك . كأن تقدم على شراء شىء أو بيعه أو استئجار شىء أو تأجيره نتيجة تأثير إعلانات أو إغراء العاقد الآخر أو وسيط ، سمسار ، فيحسن لك الصفقة ، ويدخل فى نفسك أنها لصالحك وأن قيمتها أكثر من ذلك ، أو أن تندفع فى شراء شىء تجد غيرك يزيد فى ثمنه أو يمتدح فيه ، ثم تجد المعقود عليه أمرا عاديا ، أو أنك غبنت فيه نتيجة هذا الإغراء والخديعة .

حكم العقد مع كل من الغبن أو التغرير

٥١٥ — **حكم العقد مع كل منهما**: أما التغرير بمفرده فلا أثر له فى العقد مطلقا ما دام المعقود عليه قوبل بقيمته أو بغبن يسير وكذا الغبن بمفرده إن كان يسيرا فلا أثر له فى العقد باتفاق الفقهاء لأنه مما لا يخلو التعامل منه مطلقا(٢) وكذا إن كان فاحشا على الراجح عند الأحناف(٣) إذ يرون أن غبنه ناشىء من تقصيره فى حق نفسه وتركه الاحتياط . إلا إذا كان هذا العقد ورد فى أموال المحجور عليهم أو الأوقاف أو بيت مال المسلمين لأن التصرف فيها مصدره

---

(١) وفى تحديد الغبن اليسير والغبن الفاحش أقوال كثيرة غير ما ذكرناه فارجع إلى البدائع جـ ٦ ص ٣٠

(٢) إلا إذا باع المدين بدين مستغرق شيئا من ماله بغبن ولو يسير ، وكان محجورا عليه أو مريضا مرض موت فإن للدائنين فسخ العقد فورا ، أو بعد وفاة المريض إلا إذا رفع الغبن ودفعت القيمة كاملة .

(٣) غير الأحناف يجعلون العقد غير لازم بالنسبة لمن غبن غبنا فاحشا فى بعض العقود ولو لم يكن نتيجة تغرير .

من له ولاية التصرف فيها . وتصرفه منوط بالمصلحة فقط فني هذه العقود يتأثر العقد بالغبن الفاحش بمفرده باتفاق الفقهاء ويكون العقد معه فاسداً على الرأى الصحيح .

الغبن الفاحش نتيجة إغراء

٥١٦ — **إذا أنتج التغرير غبناً فاحشاً** : أما إذا كان الغبن الفاحش نتيجة إغراء من العاقد الآخر أو من وسيط « سمسار مثلا » فإنه على الراجح عند الأحناف أن يكون للمغبون حق الفسخ لأن الغبن جاء نتيجة تغرير وخديعة.

وفى هذا يقول الزيلعى[1] وقد قالوا فى المغبون غبناً فاحشا له أن يرده على بائعه بحكم الغبن . وقال أبو على النسفى فيه روايتان عن أصحابنا . ويفتى برواية الرد رفقا بالناس . وكان صدر الإسلام أبو اليسر يفتى بأن البائع إن قال للمشترى قيمة متاعى كذا . أو قال متاعى يساوى كذا فاشترى بناء على ذلك وظهر خلافه له الرد بحكم أنه غره وإن لم يقل ذلك فليس له الرد ، وقال بعضهم :لا يرد به كيفما كان . والصحيح أن يفتى بالرد إن غره وإلا فلا » .

الغبن التدليسى يجيز الفسخ

٥١٧ — **أثر الغبن والتغرير فى العقد** : وبذا نستطيع أن نقول إن الغبن أو التغرير كلاهما لا يعتبر بمفرده عيبا من عيوب الإرادة فلا يترتب على أحدهما حق فسخ العقد على أساس ظاهر الرواية . ولكن إذا اجتمعا معاً فى عقد واحد وكان أحدهما مرتبطا بالآخر أى نتج عن التغرير غبن فاحش فهما معاً يكونان عيباً فى الإرادة والرضاء بالعقد مما يؤثر فى لزوم العقد ويرتب لمن فى جانبه هذا الغبن التدليسى أو التغرير الغابن خيار فسخ العقد أو إجازته .

طبيعة العقد بالنسبة للغبن والتغرير

٥١٨ — **طبيعة العقد وهذا العيب** : وهذا العيب ـ الذى أشرنا إليه بالتغرير الغابن لتكونه منهما معا ـ على الراجح إذا دخل فى عقد مبادلات مالية كالبيع

(١) جـ ٤ ص ٧٩ ، ونجد مثل هذا فى الأشباه والنظائر لابن نجيم جـ ٢ ص ١٩٥ وتعليق الحموى عليه فى نفس الصفحة .

والإجارة فإنه يخرجها عن طبيعتها ويجعل العقد غير لازم بالنسبة للمغرور المغبون . أما إذا كان فى عقد الزواج فإنه لا أثر له لأن عقد الزواج لا يقبل الفسخ ، وفوق ذلك فليس فى الزواج معاوضات مالية لأن المهر ليس من أركان الزواج (١) وإنما هو حكم ألحقه الشارع به وقد سبق الكلام عن ذلك

الإكراه

— ٣ — الإكراه

٥١٩ — تعريفه : جاء فى المصباح « يقال أكرهته على الأمر إكراها حملته عليه قهرا ، والمعنى الفقهى لا يبعد عن هذا . إذ يقصد به إجبار الشخص على أن يأتى أمرا قولا كان أو فعلا من غير أن يكون له فيه رغبة ولا يلزمه شرعا . وفى هذا يقول صاحب الاختيار « هو الإلزام والإجبار على ما يكرهه الإنسان طبعا أو شرعا فيقدم عليه مع عدم الرضا ليدفع عنه ما هو أضر منه » (٢) وقال صاحب المبسوط إن بعض الفقهاء شبه عقد المكره بعقد الهازل من ناحية عدم توفر الرضا بالحكم فيها مع وجود القصد والاختيار ، وبعضهم يشبهه بالعقد الذى دخل عليه خيار الشرط . فإن رضاء العاقد بالحكم ينعدم مع وجود خيار الشرط وإن كان العقد نفسه موجودا .

متى يعتبر الشخص مكرها

٥٢٠ — متى يعتبر الشخص مكرَها : والشخص لا يعتبر مكرها إلا إذا كان من يُكرهه قادرا على تنفيذ ما هدد به ، وأن يغلب على ظن من وقع عليه الإكراه أن المكره جاد فيما يهدد به ، وأن الإيذاء واقع عليه لا محالة إذا لم يذعن لإرادته وينفذ ما أمره به مما لا يرغب فى فعله ولا يجب عليه عمله .

---

(١) وقد تناول القانون الكلام عن هذا الموضوع تحت عنوان التدليس فى المادتين ١٢٥، ١٢٦ وقد تكلم الدكتور السنهورى فى الوسيط ص ٣١٨ عن علاقة التدليس بالغلط .

(٢) راجع فى هذا . الاختيار شرح المختار ج ٣ ص ٢٧٥ ، المبسوط ج ٢٤ ص ٣٨ وما بعدها البدائع ج ٧ ص ١٧٥ وما بعدها ج ٣ ص ٣٢٢ وما بعدها ، الدرر شرح الغرر ج ٢ ص ٢٦٩ وما بعدها ، الزيلعى ج ٥ ص ١٨٢ إلى غير ذلك ، مرآة الأصول ص ٣٥٩ ، والتوضيح والتلويح ج ٣ ص ٢٢٦ .

من يتحقق الإكراه

يرى أبو حنيفة أنه لا يكون إلا من السلطان

٥٢١ — **ممن يتحقق الإكراه** : يرى الإمام أبو حنيفة أن الذى له القدرة على الإلزام والإكراه بطريق الجبر والتهديد هو السلطان لا غير إذ هو وحده الذى يملك تنفيذ ماتوعد به وهدد من غير أن يمنعه أحد ، وبذا يكون من وجه إليه التهديد مكرها على فعل ماطلب منه دون رغبة منه أو إرادة ، ويرى الصاحبان أن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره لأن الأساس فيه أن يقع الشخص تحت تهديد الغير وبطشه ، وأن يغلب على ظنه قدرته على فعل ماتوعد به وجديته فى ذلك . وفى هذا يقول صاحب البدائع « قال أبو حنيفة إن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان . إذ غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما أوعد لأن المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه فإذا كان المكره هو السلطان فلا يجد المكرَه غوثا، وقال أبو يوسف ومحمد إن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره لأن الإكراه ليس إلا إيعادا بإلحاق المكروه وهذا يتحقق من كل مسلط . . ثم يقول بعد ذلك . . وقيل الخلاف بينهما منشأه أن زمن الإمام لم يكن لغير السلطان قدرة الإكراه ثم تغير الحال فى زمانهما ، ولذا تجد صاحب الهداية كما تجد صاحب الكنز يقول كلاهما « الإكراه يثبت حكمه إذا حصل ممن يقدر على إيقاع ماتوعد به سلطانا كان أو لصاً . وما قاله الإمام منشأه اختلاف الزمن . . . إلى آخره »

الصاحبان من كل من يستطيع تنفيذ تهديده

اختلاف الزمن سبب فى اختلاف الحكم بينهم

الإكراه الملجىء وغير الملجىء

٥٢٢ — **الإكراه الملجىء وغير الملجىء** : وعلى كل فالإكراه إذا كان بالتهديد بالقتل أو ببتر أحد الأعضاء ، أو بالضرب الذى يخاف فيه تلف النفس أو العضو فهو إكراه تام ويسمى بالإكراه الملجىء ، وهو معدم للرضا ويفسد معه الاختيار ، أما إذا كان التهديد بالحبس أو القيد أو الضرب الذى لا يفضى إلى التلف فهو إكراه ناقص أو غير ملجىء وهو معدم للرضا أيضا غير أن الاختيار لا يفسد به لأن المكره يستطيع تحمل الأذى المهدد به ، وإن كانت طبائع الناس تختلف فى ذلك كما يقول الفقهاء وعلماء الأصول . وإليك مايقول صاحب مرآة الأصول « والإكراه نوعان مايعدم الرضا ويفسد

الاختيار بأن يكون الإكراه بإتلاف النفس أو العضو وهو الملجىء أى الموجب لإلجاء الفاعل واضطراره إلى مباشرة الفعل خوفا من فوات النفس أو العضو . والثانى مايعدم الرضا ولا يفسد الاختيار بأن يكون الإكراه بحبسه أو قيده أو ضربه أو نحوها مما يوجب غما يعدم الرضا . وهذا يختلف باختلاف الناس فإن الأرذال ربما لا يغتمون بالضرب أو الحبس ، فالضرب اللين لا يكون إكراها فى حقهم بل الضرب المبرح ، وكذا الحبس إلا أن يكون مديدا يتضجر منه ، والأشراف يغتمون بكلام فيه خشونة فمثل هذا يكون إكراها لهم . . وهو بقسميه لا ينافى الأهلية »

اثر طبيعة الشخص فى الإكراه غير الملجىء

الإكراه بقسميه معدم للرضا والملجىء مفسد للاختيار

٥٢٣ — ***الاكراه معدم للرضا*** : فالإكراه سواء أكان ملجئا أم غير ملجىء معدم للرضا وهو بقسميه أيضاً لا يؤثر على أهلية الأداء أما الاختيار الذى هو القصد إلى الفعل أو كما يقول الأصوليون من الأحناف « هو القصد إلى أحد طرفى الممكن بترجيحه على الآخر » فهو الذى يفسد مع الإكراه الملجىء ويبقى سليما مع الإكراه الناقص

حكم العقد مع الإكراه

٥٢٤ — ***حكم العقد مع الاكراه*** : سبق أن بينا أن الأحناف يفرقون بين الاختيار والرضا خلافا لغيرهم وقلنا إن العقود التى استثناها الشارع بنص الحديث — لأن الهزل فيها يأخذ حكم الجد — اعتبر الأحناف مجرد وجود القصد إليها موجداً لها مظهرا لحكمها . وهى النكاح والطلاق إلى الآخر وأن المكره قد تخير أخف الضررين فكان مختارا فى قصده إلى العقد إلى غير ذلك مما قلناه من قبل ، أما فيما عداها فالأحناف مع غيرهم فى أن العقد مع الإكراه غير صحيح مع ملاحظة أن غير الصحيح عند الأحناف يشمل الفاسد والباطل ، وعقد المكره عندهم يكون فاسدا ، أما غير الأحناف فغير الصحيح عندهم نوع واحد لا ينعقد أصلا سواء سمى باطلا أم فاسدا . وعلى مايراه الأحناف يكون للمكره عند إزالة الإكراه حق فسخ العقد أو إمضائه وعند غيرهم لا يوجد عقد .

لا أثر للتفرقة بين الملجيء وغيره فى العقود

٥٢٥ – أثر التفرقة بين الملجيء وغيره تظهر فى الأفعال دون العقد :
والتفرقة بين الإكراه الملجيء وغيره فى الواقع لم أجد لها أثرا فعليا فى العقود وإنما هى تفرقة نظرية محضة بالنسبة لها لأن الفقهاء لم يفرقوا بين حالات الإكراه عند كلامهم على عقد المكره ، وإن كان لهذه التفرقة أثر فى التصرفات الفعلية التى يكره عليها الشخص كالإكراه على القتل ، أو على شرب الخمر ، أو الإشراك بالله ، أو إتلاف مال الغير أو سرقته . وليس هذا موضع دراستنا فى العقود (١) ، وإن كان مقتضى هذا التقسيم . وكون الإكراه الملجيء يفسد الاختيار أيضا . كلاهما يقضى بأن العقود الخمسة التى قالوا إن الهزل فيها يأخذ حكم الجد بنص الحديث لا تنعقد مع الإكراه الملجيء لانعدام الاختيار والرضا معاً تبعا لقواعد الأحناف . . هذا ما أفهم أن قواعدهم فى الرضا والاختيار يجب أن تنتجه مع تقسيمهم للإكراه إلى ملجيء يفقد الرضا ويفسد الاختيار وغير ملجيء ، وقولهم فى تعليل العقود الخمسة إن وجود الاختيار فيها يغنى عن الرضاء . . ! ؟ فأين الاختيار فى الإكراه الملجيء مع قولهم بأنه معدم للرضا والاختيار معا

---

(١) وقد تناول القانون الإكراه فى المادتين ١٢٧ ، ١٢٨ ، ويعرف الدكتور السنهورى فى الوسيط ص ٣٣٤ الإكراه بأنه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد والذى يفسد الرضاء ليست هى الوسائل المادية التى تستعمل فى الإكراه بل هى الرهبة التى تقع فى نفس المتعاقد . ويرى أن الإكراه وإن كان يفسد الرضا فإنه لا يعدمه لأن إرادة المكره موجودة إذ اختار أهون الضررين . وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم فى يده بالتوقيع على التزام ففى هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

نهاية العقد

٥٢٦ — ما ينتهى به العقد : وأخيرا بعد أن أتممنا الكلام عن العقد بالقدر الذى سمح به الظرف يهمنا أن نشير إشارة عابرة إلى ماينتهى به العقد وهو يمكن أخذه واستنتاجه مما تقدم . فقد عرفنا أن العقد الباطل لاينعقد أصلا كسبب لظهور الحكم فيه ، وأن العقد الفاسد يراه الأحناف منعقدا ويلزم فسخه وإنهاؤه لما اتصل به من الوصف الفاسد الذى ترتب عليه نهى الشارع إلا إذا حدث مايمنع من إنهائه فإن الحكم يظهر بسبب ما أقدم عليه العاقد من التنفيذ مع استحقاقه الإثم من الله . أما العقد الصحيح فقد بينا أنه إما أن يكون نافذا ، أو موقوفا . والنافذ إما أن يكون لازما أو غير لازم وقلنا إن العقد غير اللازم يمكن فسخه وإنهاؤه مالم يتعلق به حق الغير كالوكالة فإنها تفسخ وتنتهى من جانب طرفى العقد كل منهما بمفرده مستبدا بالفسخ إلا إذا تعلق بها حق الغير . وكالكفالة والرهن وغيرهما من جانب من كان العقد غير ملزم له وهو المكفول له والمرتهن إلى غير ذلك مما تقدم بيانه .

العاقد الفاسد يلزم فسخه

وكذلك العقد الموقوف على الإجازة كما يقول الأحناف فإن من يملك الإجازة يستطيع أن ينهى العقد سواء أكان صاحب الشأن فى عقد الفضولى وكان العقد لم يجد نفاذا على الفضولى نفسه أم كان من له ولاية على العاقد كالولى والوصى على الصغير ومن فى حكمه . أم كان الفضولى نفسه فيما ترجع عليه فيه الحقوق كما بينا ، ومن هذا القبيل عقد المدين بدين مستغرق والمريض مرض الموت ومن أوصى من ماله بأكثر من الثلث فإن كل هذا يكون موقوفا على إجازة الدائنين والورثة حسب التفصيل السابق - وعند عدم الإجازة يصير العقد منتهيا .

العقد الموقوف يصح أن ينفسخ

والعقد الصحيح النافذ اللازم قد يرد عليه الفسخ أيضا وذلك كما قلنا إذا اتصل به خيار أو وجد به عيب إذ الخيارات تجعل العقد اللازم غير لازم بالنسبة لمن له الخيار فإذا فسخه انتهى العقد أيضا . بقى أن نقول إن العقد قد ينتهى رغم نفاذه ولزومه دون أن يتصل به خيار أو يتصف بعيب وذلك إذا

الخيار يجيز الفسخ

الإقالة

تراضى الطرفان على فسخه وإنهائه وهذ ماسميناه بالإقالة (١) وقد وردت السنة بإجازتها والحث عليها لأنها تدل على ندم العاقد على عقده وهذا ينقص من الرضاء يقول صلى الله عليه وسلم « من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » (٢) .

عدم تنفيذ أحدهما

وبعد هذا فإن عدم التنفيذ من أحد العاقدين للعقد اللازم يجعل من حق الآخر طلب إجباره على التنفيذ فإذا لم يمكن حق له الفسخ (٣) على تفصيل فيه وأخيرا . فإن من العقود ماتنتهى بانتهاء المدة التى حددها العقد وإلا فإنها تنتهى بموت أحدهما سواء أبقيت المدة أم انتهت كعقد الإجارة والإعارة .

* * *

هذه عجالة خاطفة مما ينتهى به العقد سقناها إليك كإشارة إلى ما يمكن استنتاجه مما تقدم فى الكلام عن العقد وبهذه الإشارة عن مواضع نهاية العقد ينتهى الكتاب الخامس فى العقد وبانتهائه ينتهى الكتاب جميعه أما العقود بالتفصيل فقد تناولنا الكثير منها فى كتابنا السابق وليس فى الوقت متسع لها .

---

(١) ويرى القاضى أبو يوسف من الأحناف أن الإقالة بيع جديد بينما يرى الإمام أنهما فسخ بالنسبة لهما وبيع جديد بالنسبة للأجنبى فقط بحيث إذا كان عقاراً فإن للجار حق الشفعة .

(٢) راجع كتابنا المال والالتزام ص ٣٣٥ .

(٣) وقد تناولت المادة (١٥٧) من القانون المدنى الجديد هذا وأجازت للعاقد عند امتناع الآخر عن تنفيذ العقد الملزم لهما أن يطالبه بالتنفيذ أو بفسخ العقد وقد خولت له تعويضا فوق ذلك.

خاتمة

وبعـد ، فإنى أضع ما كتبت وما قمت به من مجهود بين يدى القارئ . ولا حاجة بى لأن أعتذر عن بعض الأخطاء المطبعية أو ما فاتنى من رغبـة التوسع فى المقارنة متى عرفت أنى بدأت الـكتابة والطبع فى ١٩٥٤/١١/١٠ وأنى أكتب هذا اليوم لينتهى طبعه مع الفهرس قبل ١٩٥٥/١/١٥ حتى يتمشى مع الوقت المحدد لامتحان الطالب فى ١٩٥٥/٢/٥ ، فهذا وحـده يصور لك ما بذل فى سبيل إتمامه من مجهود ومشقة مع كثرة المشاغل وعدم وجود مساعد يشرف على الطبع . والله تعالى هو المعين والموفق ؟

الزيتون فى ١٨ جمادى الأولى سنة ١٣٧٤

١٢ يناير سنة ١٩٥٥

فهرس تفصيلي

الـكتاب الاول

مدخل للشريعة الإسلامية (٧ – ٥٣)

القسم الأول

إلمامة بتاريخ الفقه الإسلامى (٧ – ٤٢)

القسم الثانى

مصادر الفقه الإسلامى (٤٣ — ٥٣)

الكتاب الثانى

الأموال وطرق تملكها (٥٦—١٠٨)

القسم الأول

الأموال (٥٦ — ٧٥)

القسم الثانى

الملكية (٧٦ — ١٠٨)

الفصل الأول — الملكية وأنواعها :

الفصل الثانى — حق الانتفاع الشخصى :

الفصل الثالث — حقوق الارتفاق :

الكتاب الثالث

الاستيلاء على المال المباح (١١١ — ١٣٦)

القسم الأول

طرق حيازة المباح والصيد (١١١ — ١١٨)

الفصل الأول — الحيازة وخواصها وحيازة المباح :

القسم الثانى

إجراءات التملك بالشفعة وبطلان ملكية البائع (١٨٩ — ٢٢٢)

الفصل الثانى — مسقطات الشفعة والتحايل على إبطالها :

الكتاب الخامس

العقد فى الفقه الإسلامى (٢٤٥ — ٢٥٣)

القسم الأول

تكوين العقد وأثره (٢٤٥ – ٣٢١)

الفصل الأول — تعريف العقد وشروطه :

الفصل الثالث — الإرادة الواحدة وإنشاء العقد :

الفصل الرابع — مدى سلطة العاقد في إنشاء العقود والشروط :

الفصل الخامس — محل العقد :

القسم الثاني

العاقد (٣٢٢ — ٣٧٧)

الفصل الأول — الأهلية :

القسم الثالث

أقسام العقد

القسم الرابع

الخيارات وعيوب الإرادة (من ٤٠٥ — ٤٥١)

الفصل الأول — خيار التعيين:

الفصل الثانى — خيار الشرط :